Das Anfechtungsstreitverfahren im bernischen Verwaltungsrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Arthur Aeschlimann, Fürsprecher
von Gondiswil BE

1979

Das Anfechtungsstreitverfahren im bernischen Verwaltungsrecht

Inauguraldissertation

zur Erlangung der Würde eines Doctor iuris
der Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen
Fakultät der Universität Bern

Vorgelegt von
Arthur Aeschlimann, Fürsprecher
von Gondiswil BE

Die Fakultät hat diese Arbeit am 17. Mai 1979 auf Antrag von Prof. Dr. Aldo Zaugg als Dissertation angenommen, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Auffassungen Stellung nehmen zu wollen.

Verlag Genossenschafts-Buchdruckerei AG Bern

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis 5
Abkürzungen 7

1. Das Anfechtungsstreitverfahren als Teil der Verwaltungsrechtspflege

1.1. Ausgangslage 11
1.2. Begriffliches 11
1.3. Klageverfahren — Anfechtungsstreitverfahren . . . 13
1.3.1. Klageverfahren (ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege) 13
1.3.2. Anfechtungsstreitverfahren (nachträgliche Verwaltungsrechtspflege) 15
1.3.2.1. Allgemeines 15
1.3.2.2. Verfügung 15
1.3.2.3. Beschwerdebefugnis 18
1.3.2.4. Anfechtungsobjekt 24
1.3.2.5. Streitgegenstand 25
1.3.2.6. Ueberprüfungsbefugnis 26
1.4. Trennung von Klage- und Beschwerdematerien . . . 28

2. Die Rechtsmittel des Anfechtungsstreitverfahrens

2.1. Allgemeines 33
2.2. Einsprache 35
2.2.1. Erscheinungsformen 35
2.2.2. Einsprachen mit Rechtsmittelfunktion 37
2.2.2.1. Einsprache im eigentlichen Sinn 37
2.2.2.2. Einsprache im uneigentlichen Sinn . . . 39
2.2.3. Einsprachen ohne Rechtsmittelfunktion 39
2.2.4. Graphische Darstellung des Einsprachesystems . . 41
2.2.5. Gründe für den Ausschluss der Einsprache im eigentlichen Sinn 42
2.3. Beschwerde 43
2.4. Weiterziehung 44
2.4.1. Gesetzliche Begriffsumschreibung 44
2.4.2. Weiterziehung als Rechtsmittel der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege 46
2.4.3. Weiterziehung als Rechtsmittel der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege 47
2.4.4. Bedeutung von Art. 26 VRPG 52
2.4.5. Zum Begriff Weiterziehung in Art. 63 und 79 VRPG . 53
2.5. Rekurs 55

2.6. Verwaltungsgerichtsbeschwerde 56
2.7. Sonderfälle 59
2.7.1. Prozessbeschwerde 59
2.7.2. Gemeindebeschwerde 64

3. Das Anfechtungsstreitverfahren in ausgewählten Sachgebieten

3.1. Baupolizei- und Planungsrecht 69
3.1.1. Baubewilligung (Bauentscheid) 69
3.1.2. Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes . . 74
3.1.3. Planungsrecht 76
3.1.4. Erschliessung 81
3.1.4.1. Grundeigentümerbeiträge 82
3.1.4.2. Amtliche Verteilung von Detailerschliessungskosten 83
3.2. Wasserwirtschaft und Gewässerschutz 85
3.2.1. Wasserversorgung 85
3.2.2. Pflicht zum Kanalisationsanschluss 87
3.2.3. Subventionierung 88
3.3. Beamtenrecht 89
3.4. Schule, Berufsbildung 93
3.4.1. Allgemeines 93
3.4.2. Anfechtung von Schulzeugnissen und Examensausweisen 94
3.4.3. Streitigkeiten um Fähigkeitsausweise 96
3.4.4. Bewilligung zur Ausbildung von Lehrlingen . . . 97
3.4.5. Streitigkeiten um Ausbildungsbeiträge 97
3.5. Verschiedene Bewilligungsverfahren 100
3.5.1. Der Fall «Jacquemin» (Installationsbewilligung) . . 100
3.5.2. Abbruchbewilligung für Wohnbauten 102
3.5.3. Bewilligungen gemäss Gastwirtschaftsgesetz . . . 103

4. Erkenntnisse 107

5. Grundfragen einer Neuordnung

5.1. Prämissen 111
5.1.1. Trennung von Klage- und Beschwerdeverfahren . . 111
5.1.2. Zweistufigkeit des Verfahrens 112
5.1.3. Schranken gerichtlicher Kontrolle 112
5.1.4. Materielles Recht — Prozessrecht 113
5.2. Regierungsrat als Verwaltungsjustizbehörde 114
5.3. Generalklausel — Enumeration 118
5.4. Instanzenzug 122
5.5. Verkürzung der Prozessdauer 129

Sachregister 132

Literaturverzeichnis

Die im Literaturverzeichnis aufgeführten, hauptsächlich verwendeten Schriften werden in den Anmerkungen in abgekürzter Form zitiert. Weitere Literaturangaben finden sich in den Anmerkungen.

BOSSHART DIETER RUDOLF: Die Anfechtungsobjekte der allgemeinen Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bund und Kantonen, Diss. Zürich 1965.

BÜRGI KLAUS: Die Prozessbeschwerde (Art. 80 VRPG), in: BVR 1978, S. 323 ff.

EGGENSCHWILER ERNST: Grenzen der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 102/1966, S. 180 ff.

ERGÄNZUNGSBERICHT der Justizdirektion für die Eintretensdebatte der Kommission des Grossen Rates betreffend das VRPG, November 1960 (zit.: Ergänzungsbericht).

FLEINER-GERSTER THOMAS: Grundzüge des allgemeinen schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977.

FORSTHOFF ERNST: Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, 10. Aufl., München und Berlin 1973.

GIACOMETTI ZACCARIA: Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, Zürich 1960 (zit.: Giacometti, Allgemeine Lehren).

GRISEL ANDRÉ: Droit administratif suisse, Neuchâtel 1970 (zit.: Grisel).

GYGI FRITZ: Verwaltungsrechtspflege und Verwaltungsverfahren im Bund, 2. Aufl., Bern 1974 (zit.: Gygi).

— Eidgenössische und kantonale Verwaltungsgerichtsbarkeit, in: ZBJV 112/1976, S. 281 ff (zit.: Gygi, Verwaltungsgerichtsbarkeit).

GYGI FRITZ/STUCKI RUDOLF: Handkommentar zum bernischen Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege, Bern 1961 (zit.: Gygi/Stucki).

HANHART DORA: Die Erweiterung des Rechtsweges, besonders in Bund und Kanton Luzern, Diss. Zürich 1968.

HOBY GOTTFRIED: Regierung und Verwaltungsgericht, in: St. Galler Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1965, Bern 1965, S. 151 ff.

IMBODEN MAX: Erfahrungen auf dem Gebiet der Verwaltungsrechtsprechung in den Kantonen und im Bund, in: ZSR 66/1947, S. 1 a ff (zit.: Imboden, Erfahrungen).

— Die Verwaltungsrechtsprechung in der Schweiz, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum hundertjährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, I. Bd., S. 307 ff, Karlsruhe 1963 (zit.: Imboden, Staatsbürger und Staatsgewalt).

IMBODEN MAX/RHINOW RENÉ A.: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 5. neubearbeitete und erweiterte Aufl., Basel 1976.

KÖLZ ALFRED: Kommentar zum Verwaltungsrechtspflegegesetz des Kantons Zürich, Zürich 1978 (zit.: Kölz).

— Die Prozessmaximen im schweizerischen Verwaltungsprozess, Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht, Heft 4, Zürich 1973 (zit.: Kölz, Prozessmaximen).

KÖLZ ALFRED/KOTTUSCH PETER: Bundesrecht und kantonales Verfahrensrecht, in ZBl 79/1978, S. 421 ff (zit.: Kölz/Kottusch).

KUMMER MAX: Grundriss des Zivilprozessrechts, 3. Aufl., Bern 1978.

LEUCH GEORG: Die Zivilprozessordnung für den Kanton Bern, Kommentar, 3. Aufl., Bern 1956.

MÜLLER PETER ALEXANDER: Die Verwaltungsrechtspflege im Kanton Wallis, Diss. St. Gallen 1969.

PLOTKE HERBERT: Probleme des Schulrechts, Diss. Basel 1974.

SALADIN PETER: Verwaltungsprozessrecht und materielles Verwaltungsrecht, in: Die Bundesgerichtlichen Rechtsmittelverfahren, ZSR 109/1975, S. 307 ff (zit.: Saladin, Verwaltungsprozessrecht).

— Die Erweiterung der Verwaltungsgerichtsbarkeit im Bund, in: ZBl 67/1966, S. 41 ff (zit.: Saladin, Erweiterung).

SCHILLING MARGRIT: Die Unterstellung von Regierungsentscheiden unter die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 432, Zürich 1973.

SOMMER EDUARD: Fragen der Weiterentwicklung der zürcherischen Verwaltungsrechtspflege, in: 78/1977, S. 145 ff.

STUTZ WALTER: Die luzernische Gesetzgebung über die Verwaltungsrechtspflege, in: ZBl 78/1977, S. 385 ff.

ULE CARL HERMANN: Verwaltungsprozessrecht, 6. Aufl., München 1975.

WOLFF HANS J./BACHOF OTTO: Verwaltungsrecht, 3 Bde., Bd. I: 9. Aufl., 1974; Bd. II: 4. Aufl., 1976; Bd. III: 4. Aufl., 1978 (zit.: Wolff/Bachof I, II, III).

ZAUGG ALDO: Kommentar zum Baugesetz des Kantons Bern, Bern 1971 (zit.: Zaugg).

— Die Detailerschliessung nach bernischem Recht, in: BVR 1976, S. 417 ff (zit.: Zaugg, Detailerschliessung).

ZWAHLEN HENRI: Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, in: ZSR 66/1947, S. 95 a ff.

Abkürzungen

a. A.	am Anfang
a. a. O.	am angeführten Ort
a. E.	am Ende
a. M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BauG	Baugesetz vom 7. 6. 1970 (BSG 721)
BBl	Bundesblatt
Bd./Bde.	Band/Bände
BerufsbildungsG	Gesetz vom 4. 5. 1969 über die Berufsbildung (BSG 435.11)
BewD	Dekret vom 10. 2. 1970 über das Baubewilligungsverfahren (BSG 725.1)
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts, amtliche Sammlung
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BSG	Bernische Systematische Gesetzessammlung
BUD	Dekret vom 13. 5. 1965 betreffend die Umlegung von Baugebiet und die Grenzregulierung (BSG 728.1)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
BVR	Bernische Verwaltungsrechtsprechung (Bern), seit 1976
CH	Schweiz
D	Dekret
DelG	Gesetz vom 7. 6. 1970 über die Grundsätze des verwaltungsinternen Verfahrens sowie die Delegation von Verwaltungsbefugnissen des Regierungsrates (BSG 152.02)
Diss.	Dissertation
EG	Einwohnergemeinde
Einzelr.	Einzelrichter
Erw.	Erwägung
ESchG	Gesetz vom 6. 5. 1919 über die Erbschafts- und Schenkungssteuer (BSG 662.1)
f./ff.	(und) folgende

ForstG	Gesetz vom 1. 7. 1973 über das Forstwesen (BSG 921.11)
G	Gesetz
GBD	Dekret vom 17. 9. 1970 über die Erhebung von Beiträgen der Grundeigentümer an die Strassenbaukosten der Gemeinden (BSG 732.123.44)
Gebäudevers.G	Gesetz vom 6. 6. 1971 über die Gebäudeversicherung (BSG 873.11)
GEV	Gesetz vom 3. 10. 1965 über Erziehungs- und Versorgungsmassnahmen (BSG 860.3)
GG	Gemeindegesetz vom 20. 5. 1973 (BSG 170.11)
GSchG	Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer gegen Verunreinigung (Gewässerschutzgesetz; SR 814.20)
GV	Gemeindeverordnung vom 30. 11. 1977 (BSG 170.12)
GWG	Gesetz vom 8. 5. 1938 über das Gastwirtschaftsgewerbe und den Handel mit geistigen Getränken (BSG 935.11)
HPAG	Gesetz vom 15. 11. 1970 betreffend die Handänderungs- und Pfandrechtsabgaben (BSG 215.326.2)
i. e. S.	im engern Sinn
i. S.	in Sachen
i. V.	in Verbindung
JRPG	Gesetz vom 12. 9. 1972 über die Jugendrechtspflege und betreffend die Aenderung des Gesetzes über die Organisation der Gerichtsbehörden (BSG 322.1)
KGV	Gewässerschutzverordnung vom 27. 9. 1972 (BSG 821.1)
KV	Staatsverfassung des Kantons Bern vom 4. 6. 1893 (BSG 101.1)
m. a. W.	mit andern Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen (Bern) bis 1975
m. E.	meines Erachtens
MelG	Gesetz vom 26. 5. 1963 über Bodenverbesserungen und landwirtschaftliche Hochbauten (Meliorationsgesetz; BSG 913.1)
MSG	Gesetz vom 3. 3. 1957 über die Mittelschulen (BSG 433.11)
N/NN	Note/Noten
NF	Neue Folge
NStP	Die neue Steuerpraxis (Monatsschrift für bernisches und eidgenössisches Steuerrecht); Bern
OG	Bundesgesetz über die Organisation der Bundesrechtspflege vom 16. 12. 1943 (SR 173.110)
PSG	Gesetz vom 2. 12. 1951 über die Primarschule (BSG 432.211)
RRB	Regierungsratsbeschluss
SBG	Gesetz vom 2. 2. 1964 über Bau und Unterhalt der Strassen (BSG 732.11)
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts

StG	Gesetz vom 29. 10. 1944 über die direkten Staats- und Gemeindesteuern (BSG 661.11)
StipendienG	Gesetz vom 9. 2. 1977 über Ausbildungsbeiträge (BSG 438.31)
u. a.	unter anderem
u. a. m.	und anderes mehr
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v. A. w.	von Amtes wegen
V/Vo	Verordnung
Verw.Arch.	Verwaltungsarchiv, Zeitschrift 1893—1942 und seit 1957
VEWD	Direktion für Verkehr, Energie- und Wasserwirtschaft
VGE	Entscheid des bernischen Verwaltungsgerichts
Viehvers.G	Viehversicherungsgesetz vom 5. 2. 1974 (BSG 916.61)
Vorbem.	Vorbemerkungen
VPB	Verwaltungspraxis der Bundesbehörden
VRG	Verwaltungsrechtspflegegesetz
VRPG	Gesetz vom 22. 10. 1961 über die Verwaltungsrechtspflege (BSG 155.21)
VVDStrL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
VwG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
VwVfG	(deutsches) Verwaltungsverfahrensgesetz vom 25. 5. 1976
WEA	Wasser- und Energiewirtschaftsamt
WEG	Gesetz vom 9. 9. 1975 über die Erhaltung von Wohnraum (BSG 853.1)
WNG	Gesetz vom 3. 12. 1950 über die Nutzung des Wassers (BSG 752.41)
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung (Zürich)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. 12. 1907 (SR 210)
zh.	zuhanden
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z. T.	zum Teil

1. Das Anfechtungsstreitverfahren als Teil der Verwaltungsrechtspflege

1.1. Ausgangslage

Die Beziehungspunkte des Einzelnen zur Verwaltung und damit zum Staat haben sich beinahe zu einer Linie verdichtet. Sie setzen ein mit der Geburt und fehlen auch beim Sterben nicht; dazwischen sind sie kaum mehr zählbar. Das gilt in allen Rechtsstaaten modernen Zuschnitts.

Die Erscheinungsformen dieser Beziehungen sind mannigfaltig, selbst wenn die Optik auf den Bereich eigentlicher Verwaltungstätigkeit eingeschränkt wird. Herkömmliche Lehre unterscheidet dabei zwischen Eingriffs- und Leistungsverwaltung, die sich ihrerseits in zahlreiche Gruppen gliedern und im Staat unterschiedlichen Funktionsträgern zuteilen lassen[1]. Diese Vielfalt verlangt nach einer rechtssatzmässigen Regelung sowohl in materieller wie auch in formeller (verfahrensmässiger) Hinsicht[2]. — Hier interessieren in erster Linie die Verfahrensnormen.

1.2. Begriffliches

Unter *Verwaltungsrechtspflege* soll fortan jedes autoritative Entscheiden über Streitigkeiten verstanden werden, die sich in Anwendung verwaltungsrechtlicher[3] Normen ergeben[4]. Der Ver-

[1] Vgl. hiezu *Wolff/Bachof* I, S. 18 ff; *Forsthoff,* S. 368 ff und 567 ff, insbes. zum Begriff «Daseinsvorsorge»; *Giacometti,* Allgemeine Lehren, S. 45 ff; *Fleiner-Gerster,* S. 25 ff mit zahlreichen weitern Literaturhinweisen.

[2] Über die Interdependenz zwischen formellem und materiellem Verwaltungsrecht: vgl. *Saladin,* Verwaltungsprozessrecht, S. 307 ff.

[3] Ausnahmsweise auch (formell) zivilrechtlicher Normen. Dem Gesetzgeber steht es grundsätzlich frei, eine materielle Zivilsache zu einer formell öffentlich-rechtlichen (und umgekehrt) zu machen, vgl. *Kölz,* N 5 zu § 1 mit weiteren Hinweisen. Zur zivilgerichtlichen Verwaltungsrechtsprechung vgl. *Imboden,* Erfahrungen, S. 15 a ff und zur diesbezüglichen neuern Praxis aus Zürcher Sicht: *Kölz,* NN 15 ff zu § 1.

[4] Vgl. *Imboden,* Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 307; *Gygi,* S. 19.

waltungsrechtspflege ist ein *mehrfacher Zweck* eigen: Zunächst bedeutet sie für den Einzelnen individuellen Rechtsschutz. Die Verwaltung kontrollierend[5] und dabei das objektiv richtige Recht durchsetzend (objektiver Rechtsschutz), trägt die Verwaltungsrechtspflege zur Rechtssicherheit bei. Das wird etwa daran deutlich, dass im Verwaltungsprozess auch Private gegen Private streiten (Nachbar- und Konkurrentenbeschwerden) und die Verwaltung so in einem Prozessverhältnis steht, in welchem der eine Private mit ihr, der andere gegen sie antritt. Vor Verwaltungsjustizbehörden werden aber auch Streitigkeiten unter Gemeinwesen ausgetragen, und zudem wird gewissen Verwaltungseinheiten zuweilen selbständige Beschwerdebefugnis gegen Anordnungen anderer Verwaltungseinheiten eingeräumt. Die Verwaltungsrechtspflege ist mit andern Worten auch zur Auflösung möglicher Kollisionen zwischen öffentlichen kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Interessen berufen. Schliesslich ist mit der Verwaltungsrechtspflege vor allem im Anwendungsbereich der allgemeinen Rechtsgrundsätze und Rechtsregeln untrennbar die Fortbildung des Verwaltungsrechts verbunden[6].

Die *Trägerschaft* der Verwaltungsrechtspflege ist — vorab im föderalistischen Staat — vielgestaltig. Die Verwaltungsrechtspflege obliegt der Verwaltung *und* den Gerichten; aber auch Organen unterschiedlicher Hoheitsstufen (Gemeinde, Kanton, Bund). Gemeindeorgane, Organe öffentlich-rechtlicher Körperschaften, Regierungsstatthalter, kantonale Verwaltungsämter und -direktionen, der Regierungsrat, verschiedene Spezialrekurskommissionen, das Kantonale Verwaltungsgericht und das Schweizerische Bundesgericht, sie alle sind ganz oder teilweise mit (kantonaler) Verwaltungsrechtspflege beschäftigt. Daraus lässt sich ableiten, dass zwischen verwaltungs*interner* und verwaltungs*externer* Verwaltungsrechtspflege differenziert werden muss. Letztere liegt in den Händen von Gerichten[7]. Diese zeichnen sich

[5] Es existieren daneben noch andere Kontrollen, so die verwaltungsinterne, die parlamentarische, die strafgerichtliche; vgl. auch *Gygi*, S. 21 ff; *Ule*, S. 13.

[6] Vgl. *Imboden*, Erfahrungen, S. 7 a f; *Gygi*, S. 39 ff.

[7] Selten üben Parlamente verwaltungsexterne Verwaltungsrechtspflege aus. Im Kanton Bern urteilt der Grosse Rat über Wahlbeschwerden (§ 41 des D über das Verfahren bei Volksabstimmungen und Wahlen vom 10. 5. 1921; BSG 141. 112); vgl. auch Art. 94 Abs. 2 BauG, wo den Gemeinden die Befugnis eingeräumt wird, den Grossen Rat zum Entscheid

zwar oft durch unterschiedliche Organisationsformen aus[8], doch eignet ihnen institutionell gesicherte (Verwaltungs-)Unabhängigkeit[9]. Im System verwaltungsinterner Verwaltungsrechtspflege verbleibt der Streitentscheid bei den Verwaltungsbehörden. Er wird von Verwaltungsbehörden gefällt, die der verfügenden Amtsstelle hierarchisch übergeordnet sind. Man spricht vom *streitigen Verwaltungsverfahren*. Ihm geht regelmässig das *nichtstreitige* Verwaltungsverfahren voraus, das in einem prozessgleichen Verfahrensgang den Erlass einer *Verfügung* (Verwaltungsakt) zum Ziele hat[10]. Eine letzte, fundamentale Unterscheidung ist zu treffen: Im Rahmen der Verwaltungsrechtspflege gilt es, das *Klage*verfahren vom *Anfechtungsstreit*verfahren auseinanderzuhalten. Darauf ist sogleich näher einzugehen.

1.3. Klageverfahren — Anfechtungsstreitverfahren

1.3.1. Klageverfahren (ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege)

Die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege ist dem Zivilprozess verwandt. Das hat historische Wurzeln. Die heute überholte Fiskustheorie hatte alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten zwischen Bürger und Staat als zivilrechtlich qualifiziert, um sie (zivil-)gerichtlicher Beurteilung zugänglich zu machen. Mit der Einführung selbständiger Verwaltungsgerichte wurden diese für gewisse materiell-verwaltungsrechtliche Vermögensstreitigkeiten anstelle der Zivilgerichte als zuständig erklärt[11]. Bei der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege wie beim Zivilprozess ist Streitgegenstand eine vom Kläger behauptete und vom Beklagten bestrittene Rechtsfolge (Begehren um Zuspruch einer Forderung;

über kantonale Überbauungspläne anzurufen. Für das eidgenössische Recht vgl. Art. 79 VwG.

8 Vgl. *Hanspeter Eckstein,* Die Organisation der kantonalen Verwaltungsgerichte, Diss. Basel 1975.

9 Eingehend dazu: *Kurt Eichenberger,* Die richterliche Unabhängigkeit als staatsrechtliches Problem, Bern 1960, insbes. S. 162 ff und 215 ff.

10 Vgl. *Gygi,* S. 18 und 24 ff.

11 Vgl. hiezu *Kölz,* Vorbem. zu §§ 81—86; *Dora Hanhart,* S. 31 f. Allgemein zur verwaltungsgerichtlichen Klage: *Hans Zürcher,* Die verwaltungsgerichtliche Klage, Zürcher Beiträge zur Rechtswissenschaft, Heft 103, Zürich 1944.

Begehren um Feststellung über Bestand oder Nichtbestand eines Rechtsverhältnisses; Begehren, ein Rechtsverhältnis zu gestalten). Hier wie dort vermag weder die eine noch die andere Partei gegenüber dem Gegner mit einer Verfügung oder sonstwie die vorgetragene Behauptung eigenmächtig durchzusetzen. Die bestrittene Rechtsfolgebehauptung muss sich zuerst im Streitverfahren vor einem (parteiunabhängigen) Dritten erhärten. Die Initiative dazu hat vom Behauptenden auszugehen. Die Parteirollenverteilung ist abhängig vom Streitgegenstand: Staat, Gemeinde und Bürger können je nachdem als Kläger oder Beklagte auftreten; es sind im kantonalen Bereich Prozessrechtsverhältnisse zwischen Staat und Gemeinde, Staat und Bürger, Gemeinde und Bürger sowie Gemeinden und Bürgern je unter sich denkbar. Als parteiunabhängiger Dritter kommt nur ein weisungsungebundenes Staatsorgan in Frage[12]. In bezug auf das Verfahren stimmen die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege und der Zivilprozess bis auf die allenfalls[13] unterschiedliche Geltung von Untersuchungsmaxime und Verhandlungsgrundsatz praktisch überein[14].

Im bernischen Verwaltungsprozess bietet die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege *verfahrensmässig* keine besondern Probleme. Deshalb ist dieser Prozessart nicht weiter nachzugehen. Von Bedeutung für das Folgende bleibt aber der grundsätzliche Unterschied zwischen der ursprünglichen und der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege[15].

[12] Soweit im Kanton Bern der Regierungsstatthalter mit der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege befasst ist, ist er verwaltungsexternes *Justizorgan* und nicht Vertreter der administrativen Gewalt im Amtsbezirk. Weisungen kantonaler Behörden gemäss Art. 12 Abs. 1 des G über die Regierungsstatthalter vom 3. 9. 1939 (BSG 152.321) darf er diesfalls nicht beachten.

[13] Vgl. *Kölz*, Prozessmaximen, S. 94 ff.

[14] Dass eine sachgerechte Angleichung in Verfahrensfragen auch zwischen der *nachträglichen* Verwaltungsrechtspflege und dem Zivilprozess positiv zu bewerten ist, legte unlängst *Alfred Kölz* überzeugend dar (*Kölz*, Prozessmaximen, S. 142 f).

[15] Vgl. dazu hinten insbesondere Ziffer 1.4.

1.3.2. Anfechtungsstreitverfahren (nachträgliche Verwaltungsrechtspflege)

1.3.2.1. Allgemeines

Im Anfechtungsstreitverfahren wird sog. nachträgliche Verwaltungsrechtspflege betrieben. Nachträglich heisst sie, weil sie sich in jedem Fall an ein nichtstreitiges Verwaltungsverfahren anschliesst, welches mit dem Erlass einer Verfügung geendet hat[16]. Rechtsmittel[17] öffnen alsdann den Weg, um über Einwände gegen die Rechtmässigkeit (im weitesten Sinne) der Verfügung streitfallweise zu entscheiden. Unterbleibt die Anfechtung, so wird die Verfügung verbindlich und — soweit nötig — vollstreckbar. Mit der Ueberprüfung können Verwaltungsorgane oder aber verwaltungsunabhängige Gerichte befasst sein. Je nachdem spricht man vom Verwaltungsweg oder Verwaltungs*rechts*weg. Dieser folgt — wenn überhaupt — jenem. Beide können je unter sich mehrstufig sein. Da im Verwaltungsweg die Rechtspflege in den Händen von Behörden liegt, die der verfügenden Amtsstelle hierarchisch übergeordnet sind, und erstere vorab dazu berufen sind, für die Gesetzmässigkeit der Verwaltung zu sorgen, muss die reformatio in peius vel melius möglich sein. Im Rahmen des Verwaltungsrechtswegs dagegen findet in bezug auf die umschriebene Zwecksetzung der Verwaltungsrechtspflege[18] regelmässig eine Gewichtsverlagerung hin zum individuellen Rechtsschutz statt, was sich beispielsweise im grundsätzlichen Verbot der reformatio in peius äussert[19].

1.3.2.2. Verfügung (Verwaltungsakt)

Das Anfechtungsstreitverfahren steht und fällt mit dem Vorhandensein einer Verfügung. Mit diesem Begriff wird ein bedeutender Teil des vielfächrigen staatlichen Handelns abgedeckt. Die Konturen dieses Handlungsausschnitts abschliessend festzulegen, haben Gesetzgeber, Lehre und Rechtsprechung vergebens

16 *Gygi/Stucki,* S. 27, N 1 zu Art. 15.
17 Vgl. hinten Ziffer 2.
18 Oben Ziffer 1.2.
19 *Gygi/Stucki,* S. 69; *Ulrich Zimmerli,* Zur reformatio in peius vel melius im Verwaltungsrechtspflegeverfahren des Bundes, in: *Mélanges Henri Zwahlen,* Lausanne 1977, S. 511 ff.

versucht[20]. Diese Experimentenreihe soll hier nicht um einen weitern (untauglichen) Versuch verlängert werden. Anknüpfend an das in Lehre und Rechtsprechung Erkannte wird in dieser Arbeit unter dem verfahrensrechtlichen Zweckbegriff Verfügung jede verwaltungsbehördliche Massnahme verstanden, durch die ein konkreter Einzelfall mit unmittelbarer und rechtsverbindlicher Wirkung geregelt wird. Dabei kommt es auf die Form dieser Anordnungen, die im Rahmen behördlicher Regelungsbefugnisse ergehen und entweder gestaltender oder feststellender Natur sind, nicht an. Entscheidend bleibt, dass die Behörde in dem ihr kraft Gesetz zugewiesenen Bereich zur autoritativen Regelung öffentlich-rechtlicher Rechtsverhältnisse gehandelt hat. Jede Verfügung — beschlage sie die Eingriffs- oder die Leistungsverwaltung — hat sich auf einen Rechtssatz abzustützen[21]. Indem sie nicht irgendeine, sondern die auf den konkreten Sachverhalt ausgerichtete *gesetzmässige* Beziehung zwischen Bürger und Gemeinwesen vorläufig, d. h. vorbehältlich Anfechtung verbindlich festlegt, ist der Verfügung Rechtsklarheit- und Rechtssicherheitsfunktion eigen[22].

Die herkömmliche Umschreibung des Begriffs Verfügung verursacht im Rechtsleben etwelche Schwierigkeiten, die nicht verschwiegen werden sollen. So bereiten namentlich die Parameter[23] «Einzelfall» und «Einseitigkeit» Probleme, wenn es gilt, gewisse verwaltungsbehördliche Anordnungen bzw. Äusserungen einer bestimmten Kategorie staatlichen Handelns zuzuordnen. Als

[20] *Legaldefinitionen:* Art. 5 VwG; § 35 VwVfG; § 20 VRG Solothurn; § 4 VRG Luzern; § 6 VRG Schwyz. *Literatur CH: F. Gygi,* Beiträge zur Lehre vom Verwaltungsakt, in: ZSR NF 78 I, 1959, S. 397 ff; *Giacommetti,* Allgemeine Lehren, S. 336 ff; *Grisel,* S. 466 ff; *Gygi,* S. 97 ff; *Imboden/Rhinow,* insbes. Nr. 35; *Saladin,* Verwaltungsprozessrecht, S. 313 ff; *Fleiner-Gerster,* S. 141 ff und *Kölz,* NN 1—55 zu § 19, beide mit weiteren umfangreichen Hinweisen. *Literatur BRD: Stellkens Paul/Bonk Heinz J./Leonhard Klaus,* Kommentar zum Verwaltungsverfahrensgesetz, München 1978, § 35; *Wolff/Bachof I,* S. 369 ff; *Ule,* S. 129 ff, je mit weiteren Hinweisen. *Rechtsprechung:* BGE 104 Ia 26 ff; 101 Ia 73 ff.

[21] Vgl. statt vieler: *Imboden/Rhinow,* Nr. 59; *Grisel,* S. 164 ff.

[22] Vgl. *Saladin,* Verwaltungsprozessrecht, S. 319; *O. Bachof* und *W. Brohm* in VVDStrL, Heft 30, 1972, S. 233 und 286.

[23] *Saladin,* Verwaltungsprozessrecht, S. 314, unterscheidet bezogen auf Art. 5 VwG 6 Parameter: Rechtsverbindlichkeit, Einseitigkeit (Hoheitlichkeit), Ausrichtung auf den Einzelfall, Abstützung auf öffentliches Recht, Abstützung auf Bundesrecht, bestimmte inhaltliche Gestaltung.

Stich-(Reiz-)worte mögen hier die Begriffe «Allgemeinverfügung», «Aussenwirkung von Dienstanweisungen», «(Raum-)pläne» und «Baulinien» genügen. Ferner bestehen Abgrenzungsnöte zwischen den beiden Rechtsinstituten Verfügung und verwaltungsrechtlicher Vertrag[24].

Die Zuordnung bzw. Qualifikation in den genannten Bereichen beeinflusst den *Rechtsschutz* und damit die Durchsetzung des objektiv richtigen Rechts. Dabei kann bloss die Frage nach der Rechtsschutzform (Anfechtungsstreitverfahren oder Klageverfahren) angeschnitten sein; so etwa dann, wenn für Streitigkeiten aus öffentlich-rechtlichen Verträgen der Klageweg offensteht. Es ist aber auch denkbar, dass Zuordnung oder Qualifikation den Zugang zu unmittelbarem Rechtsschutz versperren. Das trifft z. B. dann zu, wenn für bestimmte öffentlich-rechtliche Verträge kein Klageforum besteht[25] und diese — ähnlich wie gewisse Planarten[26] — dem hergebrachten Verfügungsbegriff nicht zugerechnet werden[27]. Nicht überall kann aber wie im Planungsrecht dem Rechtsschutzbedürfnis auf andere Weise Rechnung getragen werden: sei es dadurch, dass die Betroffenen mittels Einsprachemöglichkeit oder Vernehmlassungsverfahren in den der staatlichen Anordnung vorgelagerten Entscheidungsprozess eingeschaltet werden, sei es dadurch, dass obligatorisch Kontrollen durch Fachinstanzen (Genehmigungsverfahren) vorgesehen werden.

Daraus ist m. E. zweierlei abzuleiten: Einmal darf der herkömmliche Verfügungsbegriff nicht restriktiv ausgelegt werden. Verwaltungsbehördliches Handeln hat in der Optik der Leistungsverwaltung differenziertere Erscheinungsformen als unter dem Regime der Eingriffsverwaltung. Rechtsschutz ist aber hier wie dort nötig. In diesem Lichte bleibt z. B. kein Raum für eine dem Eingriffsdenken verhaftete Interpretation dessen, was sog. «hoheitliches» Handeln und damit eine verwaltungsbehördliche

[24] Vgl. *Kölz*, NN 6—19 und 45—54 zu § 19 mit Judikaturhinweisen.

[25] Z. B. kennt das VRG Zürich keine Regelung, die sich mit jener in Art. 24 Ziff. 3 und Art. 17 Ziff. 4 VRPG vergleichen liesse.

[26] Vgl. zur Problematik der Rechtsnatur von Plänen die Übersicht über Lehrmeinungen und Rechtsprechung bei *Saladin*, Verwaltungsprozessrecht S. 329 ff.

[27] Vgl. z. B. die Diskussion zum Submissionswesen: VPB 40/1976 Nr. 55; BGE 103 Ib 154 ff; ZBl 79/1978, S. 270 ff und 80/1979, S. 130 ff; *Kölz*, NN 47—49 zu § 19; *Erwin Leiggener*, Die Vergebung von öffentlichen Aufträgen der Gemeinwesen als Problem des Rechtsstaates, Diss. Freiburg 1976, insbes. S. 139 ff, mit weitern Hinweisen.

Massnahme sei. Anderer Auffassung ist aber das Bundesgericht, wenn es erklärt, die Vergebung von Arbeiten für den Nationalstrassenbau stelle keinen «staatlichen Hoheitsakt» und damit auch keine Verfügung dar[28]. Zum zweiten erscheint es als wenig ratsam, in Verwaltungsverfahrensgesetzen den Verfügungsbegriff *abschliessend* definieren zu wollen. Das dürfte nach dem Gesagten ohnehin nicht gelingen und sich über kurz oder lang als Scheingenauigkeit entpuppen. Solches Vorgehen könnte im übrigen auch bald einmal der Weiterentwicklung des materiellen Verwaltungsrechts in die Quere kommen; denn neue Beziehungsverhältnisse zwischen der Gemeinschaft und dem Einzelnen erheischen neuartige staatliche Handlungsformen, die sich nicht ohne weiteres in ein starres, vorgegebenes Begriffsystem einordnen lassen[29]. Für das Verwaltungsverfahrensrecht reicht es aus, wenn der Gesetzgeber grundsätzlich Verfügungen als anfechtbar erklärt.

1.3.2.3. Beschwerdebefugnis

Die Frage, wer eine Verfügung anfechten dürfe — man spricht kurz von Beschwerdebefugnis —, ist so alt wie die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege und hat zu einer Vielzahl unterschiedlicher Antworten geführt[30]. Indessen scheint das Problem doch nach und nach in einer auch für die Praxis befriedigenden Weise gelöst zu werden. Zumindest lässt sich diese im Anschluss an einen neuern Bundesgerichtsentscheid[31] erhoffen.

Die gesetzlichen Regelungen zur Beschwerdebefugnis zielen darauf ab, die Popularbeschwerde auszuschliessen. Es soll nicht jedermann ohne konkrete eigene Beziehung zu einem bestimmten Sachverhalt imstande sein, den Rechtsmittelinstanzen eine Verfügung zur Kontrolle zu unterbreiten.

Man nahm lange Zeit an, solches sei nur damit abzuwenden, dass derjenige, der eine Verfügung anfechten wolle, nachzuweisen habe, diese verletze ihn in seinen Rechten bzw. in seinen rechtlich geschützten Interessen (später liess man es bei der

[28] BGE 103 Ib 157; die Rechtsprechung zum Submissionswesen ist seit längerer Zeit Gegenstand wissenschaftlicher Kritik (vgl. die Hinweise bei den in Anm. 27 zitierten Autoren).

[29] Vgl. *Saladin*, Verwaltungsprozessrecht, S. 318 ff.

[30] Vgl. die umfangreichen Literaturhinweise zum schweizerischen und deutschen Recht bei: *Kölz*, S. 183; *Fleiner-Gerster*, S. 187 und 192.

[31] BGE 104 Ib 245 ff.

blossen *Behauptung* einer solchen Beeinträchtigung bewenden[32]). *Fritz Gygi,* der zur Lösung des angesprochenen Problems Entscheidendes beigetragen hat, formulierte hierzu kurz und bündig: «Den Rechtsweg nur dem zu eröffnen, der nachweist, dass sein Prozess gewonnen ist (. . .), heisst Unmögliches fordern»[33]. Ausgehend von den Erkenntnissen der Zivilprozesslehre, muss richtiger Auffassung nach als beschwerdebefugt angesehen werden, wer durch rechtliche oder faktische Auswirkungen einer Verfügung derart betroffen ist, dass ihm vernünftigerweise das Interesse an der Kontrolle der Verfügung (prozessuales Rechtsschutzinteresse) nicht abgesprochen werden kann. Strahlen von einer Verfügung Auswirkungen einer gewissen Intensität nicht nur auf die Verfügungsadressaten, sondern auch auf Dritte (z. B. Nachbarn, Anstösser, Konkurrenten) aus, so sind auch diese beschwerdebefugt, und es kann gesagt werden, sie stünden der Streitsache näher als irgend jemand oder die Allgemeinheit. Hingegen kommt im Zusammenhang mit der Beschwerdebefugnis nichts auf die Schutzrichtung der vom Ansprecher als verletzt gerügten Norm an. Darauf abstellen ist sachwidrig: einerseits wird im Eintretensstadium die materiell-rechtliche Frage vorweggenommen; anderseits wird der Einzelne in unbilliger Weise daran gehindert, sich gegen eine ihn beeinträchtigende, objektiv gesetzwidrige[34] Verfügung zu wehren, nur weil er (zufälligerweise) keine zu seinem Schutz bestimmte Norm anzurufen vermag[35].

Die Beschwerdebefugnis ist als Prozessvoraussetzung (Sachurteilsvoraussetzung) zu begreifen und daher von Amtes wegen zu prüfen. Das Vorhandensein besagter rechtlicher oder faktischer Auswirkungen muss *erwiesen* sein; blosses Behaupten oder

32 BGE 81 I 358. *Kölz,* NN 4—9 zu § 21 tut anschaulich dar, dass diese Konzeption auf der heute weitgehend überwundenen Theorie der subjektiven öffentlichen Rechte fusst und dass mit dieser die Probleme der sog. «Drittbetroffenen» im Bereiche der «Sozialbindung der Grundrechte» und des Immissionsrechts nicht zu fassen sind.

33 *F. Gygi,* Ein gesetzgeberischer Versuch zur Lösung des Problems des Klagerechts im verwaltungsgerichtlichen Anfechtungsprozess in MBVR 62/1964, S. 1 ff, 65 ff, 113 ff.

34 Im *Eintretensstadium* ist zu unterstellen, es liege eine objektiv gesetzwidrige Verfügung vor. Insoweit ist, gleich wie bei der Zuständigkeitsprüfung, die *Behauptung* des Ansprechers massgebend.

35 Vgl. VGE Nr. 15832 vom 12. 2. 1979 i. S. Rel-Rutschi AG, Erw. 2.

Glaubhaftmachen reicht nicht aus[36]. Insoweit trägt der Beschwerdeführer objektive Beweislast; denn nur wenn das vorhin umschriebene prozessuale Rechtsschutzinteresse gegeben ist, muss anhand der zulässigerweise vorgetragenen Beschwerdegründe geprüft werden, ob die Verfügung rechtmässig sei. Die Artikel 104 OG und 49 VwG führen dabei je in lit. a als Beschwerdegrund die «Rechtsverletzung» an. Nichts anderes kann für das bernische Recht mit der Formulierung «... eine Verletzung in ihren Rechten...» in Art. 16 Abs. 2 VRPG gemeint sein. Jedenfalls sind damit grundsätzlich nicht subjektive Rechte anvisiert; denn sonst machte diese Bestimmung den im oben dargelegten Sinne zu verstehenden Absatz 1 von Artikel 16 VRPG illusorisch, da nicht einerseits die Beschwerdebefugnis losgelöst von allenfalls verletzten subjektiven Rechten eingeräumt, anderseits aber nur die Rüge der Verletzung ebensolcher Rechte für zulässig erklärt werden kann. Der Artikel 16 Abs. 2 VRPG ist mit andern Worten im Zusammenhang mit Artikel 16 Abs. 1 VRPG zu lesen und enthält den gleichen Beschwerdegrund wie die Artikel 104 lit. a OG und 49 lit. a VwG: die Rechtsverletzung, verstanden als Fehler in der Rechtsanwendung. Dass hierin auch die Verletzung allfällig bestehender subjektiver Rechte inbegriffen ist, versteht sich von selber[37].

Auf dieser rein prozessrechtlichen Konzeption beruhen die Artikel 103 lit. a OG bzw. 48 lit. a VwG und, wie angetönt, auch Artikel 16 Abs. 1 VRPG. Die Erfahrung hat gezeigt, dass sich damit in zufriedenstellender Weise Popularbeschwerden ausschliessen lassen und zu einer einschränkenden Ausgestaltung der Beschwerdebefugnis nicht der geringste Anlass besteht. Im Kanton Zürich, wo gemäss § 21 VRG zum Rekurs nur berechtigt ist, «wer durch eine Anordnung in seinen Rechten betroffen wird», könnte das Verwaltungsgericht ohne (übermässige) Dehnung des Gesetzeswortlauts kaum in allen an sich von der Sache her gerechtfertigten Fällen Rechtsschutz gewähren. Als zum Beispiel zu entscheiden war, ob ein Anstösser an eine öffentliche Strasse die Rechtmässigkeit einer Beschränkung der Strassenbenutzung

[36] Vgl. auch BGE 103 Ib 151; missverständlich dagegen *Ivo Schwander*, Zur Beschwerdebefugnis in den Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsverfahren, in: ZBl 79/1978, S. 469 ff, insbes. S. 480.

[37] Die Gesetzesmaterialien lassen keinen andern Schluss zu; vgl. auch *Gygi*, a. a. O. (Anm. 33), S. 119.

überprüfen lassen könne, liess das Verwaltungsgericht als Beschwerdevoraussetzung die blosse Beeinträchtigung eines zunächst rein faktischen Interesses gelten und entfernte sich damit von der subjektiv-rechtlichen Konzeption des § 21 VRG[38]. Allein dieses Beispiel bekräftigt die These, dass sich die Beschwerdebefugnis nach rein prozessrechtlichen Überlegungen auszurichten hat[39]. Im übrigen wird die mit BGE 98 V 54 f eingeleitete und seither mehrmals bestätigte Praxis des Bundesgerichts[40] über kurz oder lang der prozessrechtlichen Konzeption der Beschwerdebefugnis auch in jenen Kantonen zum Durchbruch verhelfen, die heute noch einen andern Weg befolgen. Die zitierte bundesgerichtliche Rechtsprechung geht nämlich davon aus, dass die Kantone für Streitigkeiten des Bundesverwaltungsrechts, die mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde beim Bundesgericht angefochten werden können, auf kantonaler Ebene an die Beschwerdebefugnis nicht strengere Anforderungen stellen dürfen, als sie Art. 103 lit. a OG für die Legitimation zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde vorsieht. Mit andern Worten: wer gemäss Art. 103 lit. a OG zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde befugt ist, muss auch im kantonalen Rechtsmittelverfahren zur Anfechtung berechtigt sein.

Der Kreis der Beschwerdebefugten bleibt innerhalb des Instanzenzuges bezogen auf ein und dieselbe Streitsache grundsätzlich immer gleich. Wer am Verfahren als *Partei*[41] teilgenommen hat und durch die Verfügung oder den Beschwerdeentscheid formell beschwert, d. h. mit seinen Anträgen nicht durchgedrungen ist, bleibt für das nachfolgende Rechtsmittelverfahren beschwerdebefugt. Insoweit kann sich der Kreis der Beschwerdebefugten mit

38 Vgl. ZBl 65/1966, S. 273 Erw. 1; *Kölz*, N 12 zu § 21.

39 A. M. offenbar *Hans Widmer*, Der Zuständigkeitsbereich des Aargauischen Verwaltungsgerichts nach dem Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege vom 9. Juli 1968, Diss. Basel 1972, S. 105 ff, mit weiteren Hinweisen.

40 BGE 101 V 123 Erw. 1 a; 103 Ib 147 Erw. 3 a; 104 Ib 245 ff.

41 Vgl. hiezu *M. Sand*, Partei- und Prozessfähigkeit im bernischen Verwaltungs- und Verwaltungsstreitverfahren, Diss. Bern 1966. Zur Stellung des Beigeladenen vgl. z. B. Art. 29 Abs. 2 und Art. 71 VRPG.

42 Anders verhält es sich aber beim Übergang vom kantonalen zum eidgenössischen Instanzenzug. Wird einem bestimmten Rechtssubjekt durch die kantonalen Instanzen die Beschwerdebefugnis zuerkannt, so zwingt das die eidgenössischen Rechtsmittelinstanzen nicht, solches ebenfalls zu tun (vgl. VPB 41/1977 Nr. 44; *Kölz/Kottusch*, S. 449 f).

zunehmender Verfahrensstufe nicht verengen[42], wohl aber erweitern: so im Falle der Behördenbeschwerde oder aufgrund spezialgesetzlicher Bestimmung, wie z. B. Art. 63 Abs. 2 des bernischen Gemeindegesetzes, wo vorgesehen ist, dass jede in der Gemeinde stimmberechtigte Person zur Weiterziehung befugt ist, wenn der erstinstanzlich urteilende Regierungsstatthalter im Gemeindebeschwerdeverfahren eine von den Stimmbürgern vorgenommene Wahl aufgehoben hat.

In Verwaltungsverfahren, bei denen vor dem Erlass der Verfügung zum Zwecke der Sammlung von Entscheidgrundlagen ein Einspracheverfahren durchzuführen ist[43], muss mit Blick auf die Befugnis der Einsprecher, die dereinstige Verfügung anzufechten, wie folgt differenziert werden: Die Möglichkeit, gegen ein bestimmtes, publiziertes Vorhaben eine Einsprache einzureichen, gibt noch keinen «Anspruch» darauf, in diesem Verfahren (materiell) als Partei auftreten zu dürfen. Über diesen «Anspruch» hat die verfügende Behörde anhand der Intensität der potentiellen rechtlichen oder faktischen Betroffenheit erst noch zu entscheiden, und zwar zusammen mit der Erteilung bzw. Verweigerung der Bewilligung. Muss vor dem Erlass der Verfügung noch eine sog. Einspracheverhandlung abgehalten werden, so wird die verfügende Behörde — sofern sie die Einspracheverhandlung überhaupt selber führt — bereits in diesem Zeitpunkt informell zu eröffnen haben, wen sie unter den Anwesenden als nicht zur Einsprache befugt qualifiziert; sie wird diese Einsprecher selbstverständlich zum Materiellen auch nicht anhören. Zwei Fälle sind denkbar:

— Erteilung der Bewilligung:
  Die befugtermassen erhobenen Einsprachen sind als unbegründet abzuweisen. Den zur Einsprache Befugten steht es frei, alsdann die Bewilligung anzufechten. Anders verhält es sich bei den nicht befugten Einsprechern[44]. Auf deren Einsprachen ist im Bewilligungsdispositiv formell mit einem «Nichteintreten» zu antworten. Auch dieser Nichteintretens-

[43] Z. B. im Baubewilligungsverfahren: Art. 54 BauG; bei Bewilligungen gemäss Gastwirtschaftsgesetz: Art. 9 Abs. 1 und Art. 25 Abs. 1 GWG; siehe auch hinten Ziffer 2.2.3.

[44] Die nichtbefugten Einsprecher können eine grosse Zahl ausmachen, denn eine Einsprache *einreichen* kann theoretisch jedermann. Insoweit liegt eine «Populareinsprache» formeller Art vor.

entscheid stellt eine beschwerdefähige Verfügung dar, weil die Betroffenen vor der Rechtsmittelinstanz rügen können, das Nichteintreten sei rechtswidrig. Infolge der Konnexität des Nichteintretensentscheids mit der Bewilligung und infolge des Umstands, dass jeder Beschwerde grundsätzlich aufschiebende Wirkung zukommt, haben es die nicht befugten Einsprecher theoretisch in der Hand, während der gesamten Dauer des Beschwerdeverfahrens die Bewilligung nicht wirksam werden zu lassen. Die *verfügende* Behörde wird daher vorsorglicherweise einer allfälligen Beschwerde der nicht befugten Einsprecher die aufschiebende Wirkung entziehen müssen[45].

— Verweigerung der Bewilligung:
Die Einsprachen der hiezu Befugten sind nicht etwa gutzuheissen; denn es besteht die Vermutung, die Bewilligungsbehörde habe aus eigenem Wissen erkannt, dass öffentliches Recht der nachgesuchten Bewilligung entgegensteht[46]. Den befugten wie den nicht befugten Einsprechern ist bloss mitzuteilen, die Bewilligung sei verweigert worden. Für die Einsprecher entfällt mangels Beschwer jede Anfechtungsmöglichkeit. Führt der Gesuchsteller gegen die für ihn negativ ausgefallene Verfügung Beschwerde, so fragt sich, ob die Rechtsmittelinstanz den Einsprechern Gelegenheit einräumen soll, sich im Beschwerdeverfahren als Partei (Beschwerdegegner) zu konstituieren. Solches Vorgehen erscheint dann als angezeigt, wenn ein Einsprecher durch die Auswirkungen der allenfalls in oberer Instanz zu erteilenden Bewilligung derart betroffen würde, dass seine Beschwerdebefugnis als erstellt zu gelten hätte.

Aus dem Gesagten erhellt, dass Einspracheverfahren vor Erlass einer Verfügung für das Anfechtungsverfahren im allgemeinen und für die Beschwerdebefugnis im besonderen etwelche Probleme aufwerfen. Der Gesetzgeber wird daher sorgfältig prü-

[45] Vgl. aber Art. 33 Abs. 2 VRPG.

[46] Daher sind im Einspracheverfahren auch keine Parteientschädigungen auszurichten, vgl. Art. 13 Abs. 2 DelG.

[47] Da nur Rechtsfragen zu beurteilen sind (Bedürfnis), kann man sich z. B. fragen, ob ein Einspracheverfahren nötig sei zum Entscheid darüber, ob ein Gastwirtschaftspatent gemäss Art. 3 Ziff. 8 GWG (Tea-Room) in ein Patent gemäss Art. 3 Ziff. 2 GWG (Gastwirtschaft mit Alkoholausschank) umgewandelt werden dürfe.

fen müssen, ob es von der Sache her gerechtfertigt sei, ein solches Einspracheverfahren einzurichten[47]. Entscheidungsgrundlagen liessen sich allenfalls auch auf andere Weise beschaffen, beispielsweise durch Mitberichte von Fachstellen.

Dass die Beschwerdebefugnis unter gewissen Voraussetzungen auch Verbänden, Trägern öffentlicher Aufgaben und Behörden zusteht, soll hier erwähnt, aber nicht untersucht werden[48]. Angemerkt sei lediglich, dass im föderalistischen Staat und mit zunehmendem Vollzugsföderalismus das Problem der *Behördenbeschwerde* im weitesten Sinne nicht geringgeschätzt werden darf. Dies um so weniger, als die Behördenbeschwerde ein taugliches Instrument abgibt, um mögliche Kollisionen zwischen öffentlichen kommunalen, kantonalen und eidgenössischen Interessen aufzulösen. Dabei ist nicht geboten, gleich so weit zu gehen wie *Th. Fleiner,* der für die Kantonsregierung ein Beschwerderecht beim Bundesgericht ins Auge fasst für Fälle, in denen das kantonale Verwaltungsgericht Verfügungen kantonaler Behörden aufgehoben hat[49]. Im Bereiche des *kantonalen* Rechts stünde solchem alleine schon der Grundsatz der richtig verstandenen Gewaltentrennung im Wege. Das Bundesgericht für solche Fälle als «Oberverwaltungsgericht» einzusetzen, leuchtet auch staatspolitisch nicht recht ein. Auf dem Gebiet des durch die Kantone betriebenen sog. mittelbaren *Bundesverwaltungsrechts* kommt der kantonalen Verwaltung systematisch/hierarchisch die Stellung eines untergeordneten Vollzugsorgans zu. Es ist daher Sache der hierarchisch höher gestellten Bundesbehörde, das objektiv richtige Bundesverwaltungsrecht gegenüber kantonalen Verwaltungsgerichten durchzusetzen. Den Weg hiezu öffnet Artikel 103 lit. b und c OG.

1.3.2.4. Anfechtungsobjekt

Anfechtungsobjekt[50] bei der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege ist stets das Ergebnis des nichtstreitigen Verwaltungsverfahrens: die Verfügung. Das gilt auch im mehrstufigen Anfech-

[48] Vgl. *Gygi,* S. 105 ff; *A. Kölz,* Vollzug des Bundesverwaltungsrechts und Behördenbeschwerde, in: ZBl 76/1975, S. 361 ff; *derselbe,* Die Beschwerdebefugnis der Gemeinde in der Verwaltungsrechtspflege, in: ZBl 78/1977 S. 97 ff, mit weiteren Hinweisen; zur Verbandsbeschwerde: BGE 101 Ib 109 Erw. 2.

[49] *Fleiner-Gerster,* S. 199.

[50] Vgl. *Gygi/Stucki,* N II 3 zu Art. 32; *Grisel,* S. 495; *Bosshart,* S. 5 ff.

tungsverfahren. Der Entscheid der Rechtsmittelinstanz (Beschwerdeentscheid) nimmt immer auf die ursprüngliche Verfügung Bezug; beim Sachentscheid nicht anders als beim Prozessentscheid[51]. Die Anfechtung des Beschwerdeentscheids umfasst daher — systemnotwendig — auch die ursprüngliche Verfügung, deren Schicksal erst mit dem letztinstanzlichen (nicht mehr anfechtbaren) Rechtsmittelentscheid besiegelt ist.

1.3.2.5. Streitgegenstand

Der Streitgegenstand des Anfechtungsstreitverfahrens ist mit dem Anfechtungsobjekt nicht identisch[52]. Aufgrund der Dispositionsmaxime wird der Streitgegenstand durch die vom Rechtsmittelkläger erhobene und auf die ursprüngliche Verfügung Bezug nehmende Rechtsfolgebehauptung festgelegt. Mit andern Worten: der Streitgegenstand entspricht der mit dem Beschwerdeantrag begehrten Abänderung des angefochtenen Entscheiddispositivs. Die aufgestellte Rechtsfolgebehauptung reicht dabei grundsätzlich nicht über Inhalt und Geltung der ursprünglichen Verfügung hinaus. Es kann demzufolge der Rechtsmittelinstanz die Frage nach der Rechtmässigkeit (i. w. S.) der gesamten oder, wenn dies der Natur der Sache nach möglich ist, von Teilen der ursprünglichen Verfügung unterbreitet werden. Der Streitgegenstand ist je nachdem ein anderer, während das Anfechtungsobjekt das nämliche bleibt. Ist beispielsweise im mehrstufigen Anfechtungsverfahren ein Nichteintretensentscheid ergangen, so reduziert sich vor der nächsten Rechtsmittelinstanz der Streitgegenstand auf die Frage, ob die Vorinstanz zu Recht einen Prozess-

[51] Aus den formelhaften Entscheiddispositiven springt dies freilich nicht immer gleich in die Augen:
— «Auf die Beschwerde wird nicht eingetreten» bedeutet, die ursprüngliche Verfügung bleibt wegen fehlender Sachurteilsvoraussetzungen unüberprüft.
— «Die Beschwerde wird abgewiesen» heisst, die ursprüngliche Verfügung hat der Überprüfung standgehalten.
— Klarer sind die Formeln: «Die Beschwerde wird gutgeheissen und die Verfügung vom ... aufgehoben / bzw. aufgehoben und dahin abgeändert dass ... / bzw. aufgehoben und die Sache zur Neubeurteilung zurückgewiesen an ...».

[52] Vgl *Ule*, S. 166 ff; *Kölz*, Vorbem. zu §§ 19—28, N 19; *derselbe*, Prozessmaximen, S. 136 ff.

entscheid gefällt und deshalb im Rahmen der ihr vorgelegenen Rechtsfolgebehauptung die ursprüngliche Verfügung unüberprüft gelassen habe.

Was Streitgegenstand sei, interessiert vor allem dann, wenn im Verlaufe des Verfahrens über die Zulässigkeit einer «Klageänderung» zu befinden ist[53]. Zu beachten bleibt in diesem Zusammenhang auch, dass die Beschwerdeinstanzen die ursprüngliche Verfügung grundsätzlich nur im Rahmen des durch die vorgebrachten Rügen bestimmten Streitgegenstandes überprüfen (sog. Rügeprinzip). Sie forschen m. a. W. nicht selber nach allen nur denkbaren Mängeln der ursprünglichen Verfügung. Vorbehalten bleiben allerdings aufsichtsrechtlich begründete Korrekturen, Nichtigkeitsfälle und Eingriffe v. A. w., wenn im bisherigen Verfahren wesentliche Prozessgrundsätze verletzt worden sind[54].

1.3.2.6. Überprüfungsbefugnis

Die Beschwerdegründe stecken das Feld zulässiger Überprüfung der angefochtenen Verfügung ab. Im verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflegeverfahren muss grundsätzlich rügbar sein, die Verfügung verletze Recht, beruhe auf falscher Sachverhaltsfeststellung oder sei unangemessen. Die Verfügung ist mithin nach allen Seiten zu überprüfen, wie dies denn auch Sinn und Zweck der verwaltungsinternen Verwaltungsrechtspflege und deren regelmässig mit Aufsichtsfunktionen ausgestatteten Trägerschaft entspricht[55]. Demgegenüber wird im Anfechtungsstreitverfahren die Überprüfungsbefugnis der verwaltungsunabhängigen Gerichte der Regel nach[56] auf Rechtskontrolle (Rechtsverletzung i. e. S., Rechtsfehler bei der Ermessensausübung, Fehler in der Sachverhaltsfeststellung) festgelegt. Sofern nicht im Spezialgesetz ausdrücklich anders bestimmt, bleibt es — zumindest für das bernische Recht wegen der Formulierung in Art. 16 Abs. 2 VRPG und wegen des Umstands, dass hier eine dem Art. 104 lit. c Ziff. 1 und 2 OG analoge Bestimmung fehlt, welche die Kognition für gewisse Materien auf die Überprüfung

[53] Vgl. *Gygi/Stucki,* N II 2 zu Art. 40.

[54] Sog. Kassation von Amtes wegen, vgl. Art. 35 Abs. 1 VRPG.

[55] Siehe vorne Ziffer 1.2.

[56] Die kantonalen Rekurskommissionen haben volle Kognition: vgl. z. B. Art. 147 Abs. 3 i. V. mit Art. 138 StG; Art. 67 MelG; Art. 47 GebäudeversG.

der Unangemessenheit ausdehnt — selbst dann bei der Rechtskontrolle, wenn das Verwaltungsgericht ausnahmsweise die angefochtene Verfügung als *einzige* kantonale Rechtsmittelinstanz zu überprüfen hat[57].

Systemwidrig ist eine Regelung, die im mehrstufigen Anfechtungsstreitverfahren der zweiten oder dritten Rechtsmittelinstanz eine weitergehende Überprüfungsbefugnis als der ersten Instanz einräumt. Das bernische Verwaltungsgericht hat eine solche Vorschrift für unbeachtlich erklärt[58]. Die Überprüfungsbefugnis kann sich mit zunehmender Instanzenfolge allenfalls verengen, nicht aber erweitern.

Zu beachten ist ferner, dass in Fällen, in denen das Bundesgericht aufgrund einer spezialgesetzlichen Bestimmung (z. B. Art. 10 GSchG) auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin auch die Angemessenheit einer Verfügung überprüft, die Kognitionsbefugnis des kantonalen Verwaltungsgerichts sachgerechterweise trotz anders lautender kantonalrechtlicher Verfahrensvorschrift nicht weniger weit gehen dürfte. So wäre z. B. Artikel 16 Abs. 2 VRPG bundesrechtskonform dahin auszulegen, dass auch das Verwaltungsgericht zu überprüfen hätte, ob eine angefochtene Gewässerschutzmassnahme angemessen sei oder nicht[59].

[57] Unzutreffend daher VGE Nr. 15468 vom 28. März 1977 i. S. Inter-Gros, wo das Verwaltungsgericht im Rahmen einer Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 84 Abs. 2 SBG ausführte, die Tatsache, dass es einzige Instanz sei, führe zur «freien Überprüfung der Streitsache». Richtig aber VGE Nr. 15668 vom 14. Dezember 1977 i. S. Ciamberlano, wo das Verwaltungsgericht als erste Instanz das vom Regierungsstatthalter abgewiesene Gesuch um einen Waffenerwerbsschein nur einer Rechtskontrolle gemäss Art. 16 Abs. 2 VRPG unterzog. Ebenso VGE Nr. 15754 vom 28. August 1978 i. S. Lutz, betreffend die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegen den von der Kantonalen Forstdirektion verfügten Ausschluss von der Jagdberechtigung und VGE Nr. 15768 vom 2. Oktober 1978 i. S. EG Leubringen, betreffend die Näherbaubewilligung gemäss Forstgesetz.

[58] Art. 9 Abs. 1 WEG; siehe BVR 1977, S. 370 ff. Dabei ist allerdings fraglich, ob das Verwaltungsgericht hinsichtlich Überprüfungsbefugnis im zit. Entscheid (Erw. 3 a. A.) nicht allzuviel in den Begriff Weiterziehung hineininterpretiert (vgl. Ziffer 2.4.1. hienach).

[59] Falsch daher VGE Nr. 15644 vom 27. Februar 1978 i. S. Giauque, Erw. 1 a. E.; vgl. zur Problematik auch BGE 103 Ib 149 und *Kölz/Kottusch*, S. 456, mit weitern Literaturhinweisen.

Im Zusammenhang mit den *unbestimmten Gesetzesbegriffen*[60], bei denen es im Sinne einer Rechtsfrage darum geht, Tatbestandsmerkmale herauszuarbeiten, haben die Gerichte ihre Überprüfungsbefugnis modifiziert[61]. Indem die mit der Rechtskontrolle befassten Justizorgane bei gewissen unbestimmten Gesetzesbegriffen von einem verwaltungsbehördlichen Auslegungsergebnis nicht abweichen, obwohl auch eine andere dem Sinn und Zweck der Norm entsprechende und zudem als gleichwertig erscheinende Lösung denkbar wäre, gestehen sie der Verwaltung einen Beurteilungsspielraum zu. Dieser gründet auf der Einsicht, dass der Verwaltung kraft spezieller Sachkenntnis oder Ortsnähe gleichsam ein «materieller Beurteilungsvorsprung» eigen ist. Für einen andern Teil der unbestimmten Gesetzesbegriffe halten sich indessen die Gerichte im Vergleich zu den Verwaltungsbehörden als nicht weniger befähigt, den wahren Sinn der Norm zu eruieren. Das führt die Gerichte dazu, gegebenenfalls ohne besondere Zurückhaltung korrigierend einzugreifen und das angefochtene verwaltungsbehördliche Auslegungsergebnis durch die für richtig gehaltene Lösung zu ersetzen.

Die Rechtsmittelinstanzen sind verpflichtet — nicht bloss berechtigt —, die ihnen zustehende Überprüfungsbefugnis voll auszuschöpfen[62]. Dabei haben sie aufgrund der Maxime «iura novit curia» selbständig die für einen bestimmten Sachverhalt massgebenden Normen zu eruieren, diese auszulegen und die entsprechenden Rechtsfolgen zu ziehen.

1.4. Trennung von Klage- und Beschwerdematerien

In den kantonalen Verfahrensordnungen und im BG über die Organisation der Bundesrechtspflege entsprechen sich weitgehend diejenigen Streitigkeiten, die auf dem Wege der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege abzuwickeln sind. Dabei handelt es sich vor allem um vermögensrechtliche Streitigkeiten aus Konzessionen, öffentlich-rechtlichen Verträgen und Beamtenverhältnis-

[60] Vgl. *Gygi*, Verwaltungsgerichtsbarkeit, S. 293 ff; *Pius Meier*, Ermessenskontrolle, in: *Mélanges Henri Zwahlen*, Lausanne 1977, S. 401 ff, insbes. S. 414 ff, mit weitern Literaturhinweisen.

[61] BGE 104 Ib 112 Erw. 3; 103 Ib 33 f; 102 Ib 241/42; 101 Ib 123 Erw. 3; BVR 1978, S. 47.

[62] *Gygi/Stucki*, N II 10 zu Art. 16; *Kölz*, N 11 zu § 20.

sen, um Ansprüche des Bürgers gegen den Staat, um Abgabestreitigkeiten (Gebühren, Vorzugslasten) sowie um Streitigkeiten zwischen Gebiets- oder Personalkörperschaften. Dass es Streitigkeiten gibt, die grundsätzlich geeignet sind, entweder auf dem Beschwerdeweg oder auf dem Klageweg entschieden zu werden, machen die Artikel 15 Absatz 1 Ziffer 1 bzw. Artikel 17 Ziffer 1 VRPG hinsichtlich gewisser Rückerstattungsansprüche deutlich. Freilich darf daraus nicht abgeleitet werden, der Rechtsuchende könne nach Belieben zwischen dem Klageweg und dem Beschwerdeweg wählen. Für das bernische Recht hält Art. 32 Abs. 3 VRPG vielmehr als allgemeingültigen Verfahrensgrundsatz fest, dass die Klage unzulässig ist, wenn der Beschwerdeweg offen steht. Die Klage ist gegenüber der Beschwerde subsidiär[63].

Zuweilen wird in Frage gestellt, dass die verwaltungsrechtliche Klage bei voll ausgebauter Verwaltungsgerichtsbarkeit mit Generalklausel noch eine Berechtigung habe[64]. Die Kantone Basel-Stadt und Schaffhausen — beide haben in ihren Verwaltungsrechtspflegegesetzen das System der verwaltungsgerichtlichen Generalklausel eingeführt — kennen in der Tat die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege nicht. Daraus lässt sich schliessen, dass die ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege keiner absoluten Notwendigkeit entspricht[65]. Der *Gesetzgeber*[66] hat es in der Hand, ob und inwieweit er eine Verwaltungsrechtspflege ohne Klageverfahren einrichten will. Es darf indessen bezweifelt werden, ob die vollkommene Hinwendung zum Anfechtungsstreitverfahren in allen Teilen sachgerecht und zweckdienlich ist. Denn sie führt mitunter über reichlich mühsam konstruierte Verfügungszuständigkeiten zur verwaltungsgerichtlichen Streitentscheidung[67]. Deshalb ist m. E. sachlich gerechtfertigt, bestimmte Materien auf den *Klageweg* und nicht auf den Beschwerdeweg zu verweisen:

— Bei Streitigkeiten zwischen Körperschaften verschiedener Stufen kann der höher gestellten Körperschaft im Bereich der

63 Vgl. BVR 1977, S. 274; *Gygi/Stucki*, N III 2 zu Art. 32.
64 Vgl. *Kölz*, Prozessmaximen, S. 20 mit Hinweisen.
65 So auch *Kölz*, Prozessmaximen, S. 24.
66 Vgl. *Imboden*, Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 326; *Saladin*, Erweiterung, S. 74 f; *Menger/Erichsen*, Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, in: Verw.Archiv 57/1966, S. 378 ff.
67 Siehe §§ 5—7 VRG Basel-Stadt.

Selbstverwaltung aus staatsrechtlichen Überlegungen die Fähigkeit abgehen, verbindlich zu verfügen[68].

— Aus Gründen zweckmässiger staatlicher Verbandsaufsicht kann Gemeinden verwehrt werden, gewisse Beziehungen zu ihren Gliedern — z. B. auf dem Gebiet der ausserordentlichen Gemeindesteuern im Sinne des bernischen Steuergesetzes[69] — mittels Verfügung festzulegen.

— Im Rahmen öffentlich-rechtlicher Verträge eignet den Kontrahenten begriffsnotwendig gleiche (rechtsgeschäftliche) Gestaltungsbefugnis. Anstände aus solchen Rechtsbeziehungen können nicht dadurch beseitigt werden, dass die eine Partei die andere mittels einer Verfügung in die Rolle des Beschwerdeführers zwingt. Zur Streitentscheidung ist vielmehr der Klageweg zu öffnen.

— Sind Geldforderungen umstritten, die durch kommunale Verfügungen festgelegt wurden, und hat es der kantonale Gesetzgeber unterlassen, die entsprechenden Verwaltungsakte ausdrücklich vollstreckbaren Urteilen im Sinne von Art. 80 SchKG gleichzustellen, so ist von Bundesrechts wegen der Klageweg zu beschreiten, um einen tauglichen Vollstreckungstitel zu erlangen[70].

Gelegentlich kann man sich des Eindrucks nicht erwehren, dass der Gesetzgeber zu wenig sorgfältig prüft, ob eine bestimmte Materie sachgerechterweise dem Beschwerde- oder Klageverfahren zuzuweisen sei. Als Beispiel diene der Artikel 29 des bernischen Viehversicherungsgesetzes[71]. Wie ein an der Ausarbeitung des Gesetzes beteiligter Fachbeamter auf Anfrage hin be-

[68] Vgl. *Hans Zürcher*, a. a. O. (Anm. 11), S. 12; *Kölz*, Vorbem. zu §§ 81—86 N 3; siehe auch ZBl 79/1978, S. 414.

[69] Art. 219 ff StG. Dazu eingehend: *Fritz Gygi*, Die autonomen Gemeindesteuern im Kanton Bern, Abhandlungen zum schweizerischen Recht, Heft 240, Bern 1947, insbes. S. 133 ff.

[70] Vgl. Art. 320 ZPO und zu den dort verwendeten Begriffen «Verwaltungs- und Verwaltungsjustizbehörden»: *Leuch*, N 2 zu Art. 320.

[71] Die Absätze 1—3 von Art. 29 lauten:
«[1] Gegen die Schätzung und die Festsetzung der Entschädigung durch den Vorstand der Kasse kann beim Regierungsstatthalter Beschwerde geführt werden.
[2] Über die Versicherungs- und Beitragspflicht, das Recht zur Versicherung (Art. 3 Abs. 4), die Entschädigungs- und Leistungspflicht der

stätigte, fehlt eine *sachliche* Rechtfertigung dafür, die Materien des Absatzes 2 von Artikel 29 anders als jene des Absatzes 1 zu behandeln und auf den Klageweg zu verweisen.

Nicht unerwähnt darf schliesslich bleiben, dass im bernischen Recht die Wahl zwischen Klage- und Beschwerdeweg mit Blick auf die verwaltungsgerichtliche Überprüfungsbefugnis bedeutsam werden kann. Urteilt das Verwaltungsgericht in Klagematerien als zweite Instanz, so steht ihm die volle Überprüfungsbefugnis zu. Es hat die Stellung eines eigentlichen Appellationsgerichtes inne[72]. Anders, wenn das Verwaltungsgericht im Anschluss an einen regierungsstatthalterlichen Beschwerdeentscheid mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen wird[73]. Als verwaltungsexternes zweitinstanzliches Justizorgan unterzieht das Verwaltungsgericht den angefochtenen Entscheid bloss der Rechtskontrolle gemäss Art. 16 Abs. 2 VRPG.

Kasse entscheidet, auf Klage eines Viehhalters oder des Kassenvorstandes, der Regierungsstatthalter.

3 Alle vom Regierungsstatthalter nach den Absätzen 1 und 2 getroffenen Entscheide können an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden».

72 Vgl. hinten Ziffer 2.4.2.

73 Z. B. gemäss Art. 62 Abs. 1 BauG; Art. 29 Abs. 1 i. V. mit Abs. 3 ViehversG; vgl. hinten Ziffer 2.4.3.

2. Die Rechtsmittel des Anfechtungsstreitverfahrens

2.1. Allgemeines

Verfahrensordnungen unterscheiden sich u. a. dadurch, dass sie den Rechtsuchenden nicht die genau gleichen Anfechtungsmittel bereit halten. Unter Ziffer 2 geht es darum, aufzuzeigen, welche Rechtsmittel der *bernische* Verwaltungsprozess demjenigen in die Hand gibt, der sich gegen noch nicht rechtskräftig gewordene Verfügungen oder Entscheide wehren will. Damit fällt hier zum vorneherein das in Artikel 75 VRPG umschriebene Rechtsmittel, das sog. «Neue Recht», ausser Betracht.

Rechtsmittel[74] sind form- und fristgebundene Rechtsschutzeinrichtungen, welche auf Veranlassung eines Betroffenen die zuständige Behörde gesetzlich verpflichten, sich mit den aufgeworfenen Streitfragen zu befassen und einen förmlichen Prozess- oder Sachentscheid zu fällen. Insoweit grenzen sie sich gegenüber den sog. Rechtsbehelfen ab, zu denen die Aufsichtsbeschwerde und die Gesuche um Wiedererwägung oder Widerruf formell rechtskräftiger Verfügungen zählen[75]. Die Rechtsmittel lassen sich durch fünf Begriffspaare näher charakterisieren:

— Es sind die *ordentlichen* von den *ausserordentlichen* Rechtsmitteln zu unterscheiden. Die letzteren richten sich gegen formell rechtskräftige Verfügungen und Entscheide und bezwecken in erster Linie, die formelle Rechtskraft zu vernichten und so den Weg zu einer neuen Verfügung oder Entscheidung freizulegen. Begrifflich schwieriger sind die ordent-

[74] Zum Begriff vgl. *Gygi*, S. 112 ff; *Kölz*, NN 1—9 zu § 20.

[75] Die Praxis verfährt indessen mit den Rechtsbehelfen in ähnlicher Weise wie mit den Rechtsmitteln. Vgl. zur Aufsichtsbeschwerde: *Imboden/Rhinow*, Nr. 145 mit Hinweisen; zur Wiedererwägung: BVR 1978, S. 251; BGE 100 Ib 371 Erw. 3; zum Widerruf: BGE 103 Ib 206 Erw. 3; kritisch zur Widerrufs- und Wiedererwägungspraxis: *Saladin*, Verwaltungsprozessrecht, S. 332 ff.

lichen Rechtsmittel zu fassen. Eine Verfügung oder ein Entscheid wird im betreffenden Verfahren erst dann unabänderlich (formell rechtskräftig), wenn kein ordentliches Rechtsmittel mehr eingelegt werden kann. Verfügungen und Entscheide sind aber grundsätzlich mit ihrer Eröffnung wirksam (vollstreckbar). Rechtskraft und Vollstreckbarkeit fallen theoretisch auseinander. Praktisch wird jedoch — ausser in dringenden Fällen — mit der Vollstreckung bis zum unbenützten Ablauf der ordentlichen Rechtsmittelfrist zugewartet. Hinzu kommt, dass eingelegte Rechtsmittel im Regelfall aufschiebende Wirkung zeitigen[76]. Daher lässt sich sagen, die ordentlichen Rechtsmittel *hemmten* — analog zum Zivilprozess — den Eintritt der formellen Rechtskraft[77].

— Mit Blick auf die Überprüfungsbefugnis lassen sich *vollkommene* und *unvollkommene* Rechtsmittel unterscheiden. Bei jenen wird die angefochtene Verfügung/Entscheidung nach allen Seiten hin (Rechts- und Ermessenskontrolle) überprüft, während bei diesen die Beschwerdegründe beschränkt sind (z. B. auf die rechtliche Würdigung eines feststehenden Sachverhalts oder auf die Überprüfung wichtiger Verfahrensgrundsätze).

— Weiter sind *devolutive* und *nicht devolutive* Rechtsmittel auseinanderzuhalten. Ein Rechtsmittel wirkt devolutiv, wenn es die Zuständigkeit zum Entscheid über die aufgeworfenen Streitfragen auf eine andere als die verfügende (vorinstanzlich entscheidende) Behörde überträgt. Als Rechtsmittelinstanzen kommen hierarchisch höher gestellte (Aufsichts)-behörden oder verwaltungsexterne Justizorgane in Frage. Bei den nicht devolutiven Rechtsmitteln ist die verfügende Instanz zugleich Rechtsmittelinstanz.

— Bei *kassatorischen* Rechtsmitteln ist die überprüfende Behörde lediglich befugt, den Entscheid der Vorinstanz aufzuheben und die Sache zur Neubeurteilung zurückzuweisen. *Reformatorische* Rechtsmittel erlauben der Rechtsmittelinstanz, die von ihr als unrichtig erachtete Verfügung oder Entscheidung

[76] Vgl. z. B. Art. 33 VRPG.
[77] So auch *Kölz*, N 4 zu § 20; a. M. *Gygi*, S. 113 und 130.

aufzuheben und ein Sachurteil an deren Stelle zu setzen. Der bernische Verwaltungsprozess kennt zufolge der weit gefassten Regelung in Artikel 82 Absatz 3 VRPG keine rein kassatorisch wirkende Rechtsmittel.

— Zu unterscheiden ist schliesslich noch zwischen *prinzipalen* und *subsidiären* Rechtsmitteln. Prinzipal ist ein Rechtsmittel, wenn es — die spezifischen Rechtsmittelvoraussetzungen als gegeben unterstellt — ein anderes Rechtsmittel, im Rahmen dessen sich grundsätzlich das gleiche Prozessthema vorbringen liesse, ausschliesst.

Anschliessend sollen folgende Rechtsmittel auf ihre gesetzliche Ausgestaltung hin durchleuchtet und allenfalls voneinander abgegrenzt werden: Einsprache, Beschwerde, Rekurs, Verwaltungsgerichtsbeschwerde sowie als Sonderfälle die Prozessbeschwerde und die Gemeindebeschwerde.

2.2. Einsprache

2.2.1. Erscheinungsformen

Der bernische Gesetzgeber hat im Verwaltungsrecht mit dem Begriff «Einsprache» Unterschiedliches umschrieben. Das veranschaulichen folgende Beispiele:

Beispiel A: Verfügungen der Direktionen des Regierungsrates oder ihrer Unterabteilungen unterliegen gemäss Art. 10 DelG der Einsprachemöglichkeit durch die Betroffenen. Die Einsprache bewirkt eine nochmalige Überprüfung des Sachverhalts durch die Behörde und führt zu einer neuen Verfügung (Art. 12 Abs. 1 DelG).

Beispiel B: Im Rahmen einer Güterzusammenlegung nach Meliorationsgesetz ist der Neuzuteilungsplan öffentlich aufzulegen und gleichzeitig darauf hinzuweisen, dass Beteiligte, die mit der Neuzuteilung nicht einverstanden sind, Einsprache erheben können. Vor der Schätzungskommission wird hierauf versucht, eine gütliche Einigung herbeizuführen. Misslingt dies, so wird die Einsprache zum Entscheid an die kantonale

Bodenverbesserungskommission weitergeleitet (Art. 39 i. V. mit Art. 64 ff MelG).

Beispiel C: Gegen Bau- und Ausnahmegesuche kann Einsprache erhoben und eingewendet werden, das Bauvorhaben widerspreche öffentlich-rechtlichen Vorschriften. Alsdann wird — sofern die Einigungsverhandlung scheitert — im Bauentscheid über die Einsprache befunden (Art. 54 und 57 BauG i. V. mit Art. 23, 27 und 33 BewD).

Beispiel D: Vor und nach dem Beschluss durch das zuständige Gemeindeorgan sind Gemeindereglemente öffentlich aufzulegen. Dabei ist auf die Einsprachemöglichkeit hinzuweisen. Alle beschlossenen Gemeindereglemente bedürfen zu ihrer Gültigkeit der Genehmigung durch eine Direktion des Regierungsrates. Diese entscheidet über allfällige Einsprachen zusammen mit der Genehmigung des Reglementes (Art. 45 GG i. V. mit Art. 6, 14 und 29 GV).

Beispiel E: Grundeigentümerbeitragspflichtige können gegen den öffentlich aufgelegten Beitragsplan und gegen die entsprechende Beitragsliste Einsprache erheben. Beitragspläne und Beitragslisten, gegen die nicht Einsprache erhoben wird, erwachsen in Rechtskraft und geben einen definitiven Rechtsöffnungstitel ab. Ist im Falle der Einsprache keine gütliche Einigung zu erzielen, so muss die Gemeinde den Klageweg beschreiten, will sie ihre Forderung durchsetzen (Art. 23 und 24 GBD).

Beispiel F: Die zuständige Gemeindebehörde kann gegen ein Bauvorhaben Einsprache erheben, wenn das Bauobjekt ein Grundstück betrifft, für welches keine oder nur ungenügende Bauvorschriften bestehen. Diese «Planungseinsprache» bewirkt, dass die Gemeinde binnen einer gewissen Frist zweckmässige Vorschriften aufzulegen und das entsprechende Genehmigungsverfahren in die Wege zu leiten hat. Wird die (verlängerbare) Frist nicht eingehalten oder werden

die neuen Vorschriften nicht genehmigt, so ist über das Baugesuch nach bisherigem Recht zu entscheiden; andernfalls sind die neuen Normen massgebend (Art. 56 BauG).

Anhand dieser Beispiele wird deutlich, dass im bernischen Verwaltungsrecht zwischen Einsprachen *mit* und Einsprachen *ohne Rechtsmittelfunktion* zu unterscheiden ist.

2.2.2. Einsprachen mit Rechtsmittelfunktion

In den Beispielen A und B eignet der Einsprache Rechtsmittelfunktion. Der von der Verfügung (Verwaltungsakt) betroffene Einsprecher hat einen Rechtsschutzanspruch darauf, dass geprüft und förmlich darüber entschieden wird, ob die Verfügung rechtens ist oder nicht. Das Ergebnis des Verwaltungsverfahrens wird auf fristgebundene Veranlassung des Einsprechers hin kontrolliert. Es handelt sich in beiden Beispielen um prinzipale, ordentliche, vollkommene, reformatorisch und suspensiv wirkende Rechtsmittel. Die beiden Einsprachen unterscheiden sich jedoch hinsichtlich der *Devolutivwirkung*. Diese fehlt im Beispiel A.

2.2.2.1. Einsprache im eigentlichen Sinne

Bei der Einsprache nach Art. 10 ff DelG (Beispiel A) amtet die Behörde, welche die Verfügung getroffen hat, auch als Rechtsmittelinstanz. Dieser Umstand kennzeichnet das Rechtsmittel (Einsprache im eigentlichen Sinne) und grenzt es von der Beschwerde ab. Nach Sinn und Zweck muss diese Art Einsprache (Wiedererwägung mit Erledigungsanspruch) Suspensivwirkung zeitigen, d. h. sowohl vollstreckungsfähige wie auch nicht vollstreckungsbedürftige Anordnungen aufschieben. Mit der Einsprache im eigentlichen Sinn muss weiter die Möglichkeit zur reformatio in peius vel melius verbunden sein[78], denn es geht ausdrücklich um den Erlass einer *neuen* Verfügung[79]. Aufgrund der Dispositionsmaxime steht dem Einsprecher frei, seine Einsprache zurückzuziehen. Alsdann erwächst die Verfügung in

[78] Vgl. Ziffer 1.3.2.1. hievor.
[79] Art. 12 Abs. 1 DelG.

Rechtskraft und kann nur noch unter den von Lehre und Rechtsprechung erarbeiteten Voraussetzungen zu Wiedererwägung und Widerruf aufgehoben bzw. abgeändert werden[80]. Immerhin fragt sich, ob die Behörde in allen Fällen einem Rückzug stattzugeben hat, also auch dann, wenn sie aus beachtlichen Gründen nachträglich der Auffassung ist, die ursprüngliche Verfügung sei falsch und der Einsprecher wolle mittels Einspracherückzugs einzig der drohenden reformatio in peius entgehen. Insoweit erleidet m. E. die Dispositionsmaxime aus prozessökonomischen Gründen generell eine Einschränkung[81], indem sinnlos wäre, die Behörde — die kraft Einsprache mit dem Erlass einer *neuen* Verfügung befasst ist — aus diesem Verwaltungsverfahren in ein anderes gleicher Stufe (Wiedererwägungs- bzw. Widerrufsverfahren) zu drängen. Diese Durchbrechung der Dispositionsmaxime ist um so unbedenklicher, als dem Einsprecher dadurch nicht etwa eine Rechtsschutzmöglichkeit entzogen wird, unterliegen doch sowohl der Einspracheentscheid als auch der Widerruf und die einen Sachentscheid abgebende Wiedererwägung der Beschwerde[82].

Die «Einsprache im eigentlichen Sinn» hat vor allem Eingang in das Steuerrecht gefunden, ja sie hat dort — zumindest für das bernische Verwaltungsrecht — eigentlich ihren Ursprung. Im Jahre 1944 hielt in Anlehnung an den Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer[83] eine umfassende Einspracheregelung Einzug in das bernische Steuergesetz[84]. Sie diente anerkanntermassen als Vorbild für das im Delegationsgesetz

[80] Siehe Anm. 75.

[81] Im Steuerrecht ist die Frage ausdrücklich geregelt: Art. 138 Abs. 1, 2. Satz, StG.

[82] Art. 12 Abs. 2 DelG; *Gygi*, S. 111; *Imboden/Rhinow*, Nr. 41, B IX mit Hinweisen.

[83] SR 642.11.

[84] Art. 134 ff StG. Eigenartigerweise kennt das ESchG die Einsprache als Rechtsmittel nicht. Gemäss Art. 28 ESchG kann gegen die Erbschafts- bzw. Schenkungssteuerveranlagung vielmehr *direkt* Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt werden. Hingegen wurde für eine andere Art der Rechtsverkehrssteuern, nämlich für die Handänderungs- und Pfandrechtsabgaben, die Einsprachemöglichkeit ausdrücklich und eingehend geregelt, wiewohl ein Hinweis auf die Einsprache gemäss Art. 10 ff DelG ausgereicht hätte.

normierte und nach dem Willen des Gesetzgebers grundsätzlich[85] in jedem Verwaltungsverfahren zu beachtende Institut[86].

2.2.2.2. Einsprache im uneigentlichen Sinn

Der Einsprache im Beispiel B eignet wie gesagt Devolutivwirkung. Zur Beurteilung der Einwände gegen den Neuzuteilungsplan ist nicht ein Organ der Bodenverbesserungsgenossenschaft, sondern die Kantonale Bodenverbesserungskommission, also ein genossenschaftsfremdes Justizorgan, zuständig. Damit wird die Einsprache praktisch zum Rekurs[87]; die Rechtsmittelfunktion des Institutes ist evident. Eine Besonderheit liegt allerdings darin, dass der Beurteilung durch die Rechtsmittelinstanz von Gesetzes wegen eine Art Aussöhnungsversuch vorgelagert ist. Gemäss Art. 66 MelG hat die Schätzungskommission zusammen mit dem technischen Leiter des Unternehmens und dem kantonalen Meliorationsamt eine «gütliche Verständigung» anzustreben. — Freilich gibt es auch devolutiv wirkende Einsprachen ohne diesen immanenten Aussöhnungsversuch[88]; damit unterscheiden sie sich vom Rekurs nur noch dem Namen nach.

2.2.3. Einsprachen ohne Rechtsmittelfunktion

Die in den Beispielen C bis F dargestellten Einsprachen bewirken allesamt nicht, dass förmlich über die Rechtmässigkeit einer bereits erlassenen und ohne Einsprache in Rechtskraft erwachsenden Verfügung zu entscheiden wäre. Diese Einsprachen haben nicht Rechtsmittelfunktion, sondern verfolgen andere Zwecke[89].

— Bei den Beispielen C und D geht es darum, *Entscheidungshilfe* zu leisten. Sei es, dass sich im Baubewilligungsverfahren (Beispiel C) die Baubewilligungsbehörde mit den vom Einsprecher gegen das Bauvorhaben vorgebrachten Argumenten

85 Art. 15 DelG enthält Ausschlussgründe für das Einspracheverfahren (vgl. Ziffer 2.2.5. hienach).

86 Vgl. den Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates, Bemerkungen zu Art. 10 DelG, Tagblatt des Grossen Rates 1969, Beilage Nr. 61.

87 Vgl. hinten Ziffer 2.5.

88 Z. B. Art. 47 Abs. 2 Gebäudevers.G.

89 Vgl. Ziffer 1.3.2.3. und Anm. 47 hievor.

auseinanderzusetzen hat und die Baueinsprache somit dazu beiträgt, den materiell richtigen Bauentscheid zu treffen, sei es, dass die gegen ein Gemeindereglement (Beispiel D) oder gegen einen Gemeindebeschluss gerichteten Einwände im Rahmen des konstitutiv wirkenden Genehmigungsverfahrens zu würdigen sind. Im Plansetzungsverfahren gemäss Art. 42 f BauG erlaubt die Einsprache zusätzlich — freilich in beschränktem Rahmen —, bei der Plangestaltung mitzuwirken; die zuständige Gemeindebehörde muss sich in der Einigungsverhandlung mit den Vorbringen des Einsprechers befassen, und diese können allenfalls noch vor dem Beschluss und der Genehmigung in den Plan aufgenommen werden[90].

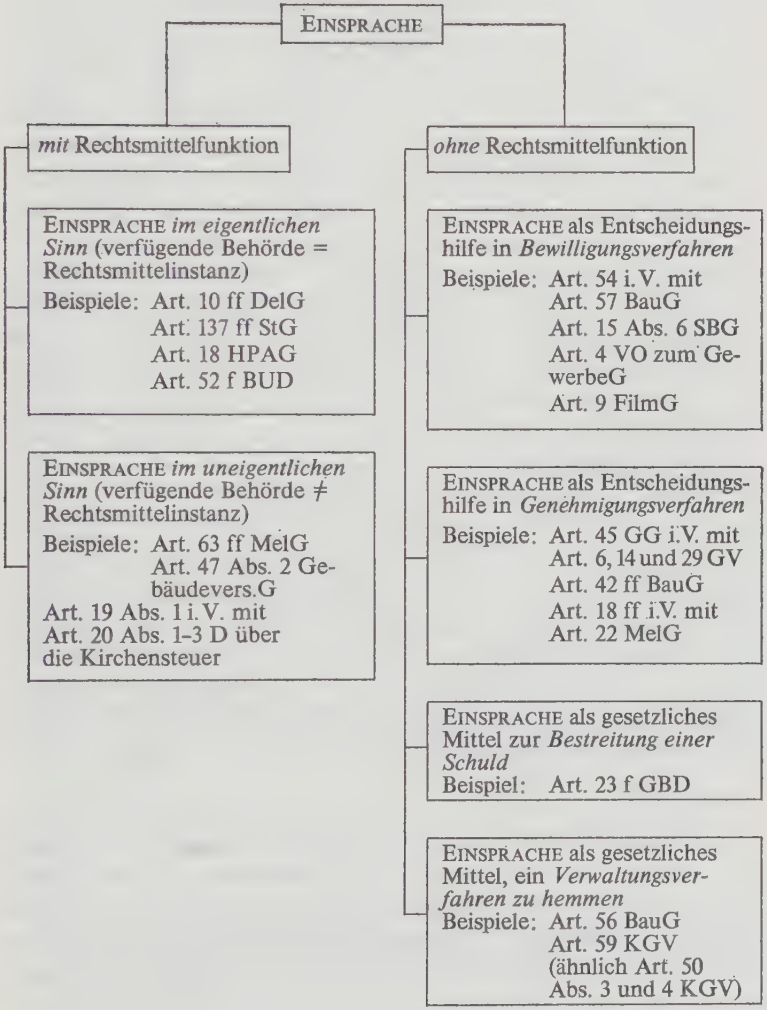
— Wiewohl sich die Einsprache gemäss Art. 23 f GBD (Beispiel E) gegen eine Verfügung richtet und letztere auch in Rechtskraft erwächst, wenn die Einsprache unterbleibt, so ist sie doch kein Rechtsmittel. Denn sie verpflichtet keine Behörde, auf Veranlassung eines Betroffenen neu zu entscheiden. Vorbehältlich gütlicher Einigung gemäss Art. 23 Abs. 3 GBD wirkt diese Einsprache destruktiv[91]. Sie zwackt der Verfügung das diese mitcharakterisierende Element der Verbindlichkeit ab. Prozessual läuft das auf eine Umkehr der Parteirollen hinaus. Die Einsprache wird zu einer Art «Rechtsvorschlag» im betreibungsrechtlichen Sinne[92], das heisst, zum *gesetzlich vorgesehenen Mittel, um eine Schuld zu bestreiten.*

— Dass die Planungseinsprache nach Art. 56 BauG (Beispiel F) kein Rechtsmittel ist, leuchtet ohne weiteres ein. Sie bezweckt, ein Bewilligungsverfahren vorübergehend zu *hemmen.* Eine anfechtbare Verfügung fehlt.

[90] Vgl. Art. 122 ff BauV. — *André Suter*, Der Gestaltungsplan des bernischen Baurechts, Diss. Bern 1973, S. 153, weist speziell auf die im Vergleich zum Erlass von Baureglementen und Zonenplänen erweiterte Bedeutung der Einsprache im Plansetzungsverfahren hin. Zu erwähnen wäre in diesem Zusammenhang indessen auch Art. 41 Abs. 2 BauG; danach besteht bezüglich Baureglementen und Zonenplänen ebenfalls die Möglichkeit, vor dem Beschluss durch das kommunale Parlament Einsprache zu erheben.

[91] Vgl. zum Wirkungsbereich der Einsprache gemäss Art. 23 GBD auch BVR 1978, S. 280 lit. b.

[92] Art. 69 ff SchKG.


EINSPRACHE
mit Rechtsmittelfunktion
ohne Rechtsmittelfunktion
EINSPRACHE *im eigentlichen Sinn* (verfügende Behörde = Rechtsmittelinstanz)
Beispiele: Art. 10 ff DelG
Art. 137 ff StG
Art. 18 HPAG
Art. 52 f BUD
EINSPRACHE *im uneigentlichen Sinn* (verfügende Behörde ≠ Rechtsmittelinstanz)
Beispiele: Art. 63 ff MelG
Art. 47 Abs. 2 Gebäudevers.G
Art. 19 Abs. 1 i.V. mit Art. 20 Abs. 1-3 D über die Kirchensteuer
EINSPRACHE als Entscheidungshilfe in *Bewilligungsverfahren*
Beispiele: Art. 54 i.V. mit Art. 57 BauG
Art. 15 Abs. 6 SBG
Art. 4 VO zum GewerbeG
Art. 9 FilmG
EINSPRACHE als Entscheidungshilfe in *Genehmigungsverfahren*
Beispiele: Art. 45 GG i.V. mit Art. 6, 14 und 29 GV
Art. 42 ff BauG
Art. 18 ff i.V. mit Art. 22 MelG
EINSPRACHE als gesetzliches Mittel zur *Bestreitung einer Schuld*
Beispiel: Art. 23 f GBD
EINSPRACHE als gesetzliches Mittel, ein *Verwaltungsverfahren zu hemmen*
Beispiele: Art. 56 BauG
Art. 59 KGV
(ähnlich Art. 50 Abs. 3 und 4 KGV)

2.2.5. Gründe für den Ausschluss der Einsprache im eigentlichen Sinn

Der Artikel 15 DelG bestimmt, unter welchen Voraussetzungen das Einspracheverfahren nicht durchgeführt werden muss und direkt gegen die Verfügung Beschwerde erhoben werden kann. Die Regelung hat dem Wortlaut nach abschliessenden Charakter. Indessen fragt sich, ob die Aufzählung sachlich vollständig sei. So ist z. B. nur schwer verständlich, dass der in einem Wiedererwägungsverfahren getroffene Sachentscheid — soweit er sich nicht auf neue Tatsachen stützt — nicht der Beschwerde, sondern der Einsprache gemäss Delegationsgesetz unterworfen sein soll. Solches läuft darauf hinaus, dass die gleiche Behörde über den nämlichen Sachverhalt dreimal zu befinden hat, was nicht der Sinn des wohlverstandenen Verwaltungsverfahrens sein kann.

Als unzureichend erscheint ferner der in Art. 15 Ziff. 6 DelG geordnete Ausschlussgrund. Nach dieser Bestimmung ist das Einspracheverfahren dann nicht durchzuführen, wenn die Behörde und der von der Verfügung Betroffene darauf verzichten. Es sind aber Fälle denkbar, in denen die Behörde mit Blick auf einen vernünftigen Ablauf des Anfechtungsstreitverfahrens einem Antrag, auf das Einspracheverfahren zu verzichten, nicht zustimmen darf. Das trifft beim *einstufigen* Anfechtungsstreitverfahren zu, also z. B. dann, wenn das Gesetz gegen eine kommunale Verfügung direkt den Weg an das Verwaltungsgericht öffnet[93], wobei diesem wegen seiner beschränkten Kognitionsbefugnis verwehrt ist, Ermessensfragen zu überprüfen[94]. Gerade hier hat das Einspracheverfahren seinen guten Sinn, weil es zumindest eine Annäherung an den Grundsatz bringt, wonach das Anfechtungsstreitverfahren zweistufig auszugestalten und der ersten Rechtsmittelinstanz die volle Überprüfung der angefochtenen Verfügung zu übertragen ist.

Ganz allgemein erscheint ein Verzicht auf das Einspracheverfahren gemäss Art. 15 Ziff. 6 DelG von vorneherein nur dann als berechtigt, wenn der Sachverhalt zweifelsfrei geklärt ist und die anzufechtende Verfügung eine Begründung enthält. Denn es ist nicht Aufgabe der Rechtsmittelinstanz, anstelle der verfügenden Behörde die Sachverhaltsabklärungen zu vervollständigen.

[93] Z. B. Art. 84 Abs. 3 SBG; Art. 83 Abs. 2 BauG.
[94] Art. 16 Abs. 2 VRPG; vgl. vorn Ziffer 1.3.2.6.

Ebensowenig ist es sinnvoll, dem Betroffenen die Begründung zur anfechtbaren Verfügung erst in der Beschwerdevernehmlassung zur Kenntnis zu bringen, da das Verfahren diesfalls ohne Replik nicht beendet werden dürfte. Dem Verzicht auf das Einspracheverfahren gemäss Art. 15 Ziff. 6 DelG sind m.a.W. auch in *zweistufigen* Anfechtungsverfahren Grenzen gesetzt. Ist die Liquidität des Sachverhalts, auf den sich die Verfügung bezieht, nicht offensichtlich und fehlt es an einer hinreichenden Begründung der Verfügung, so erscheint ein Verzicht auf das Einspracheverfahren als unzulässig.

2.3. Beschwerde

Werden Verfügungen und Einspracheentscheide nicht binnen einer bestimmten Frist angefochten, so erwachsen sie in Rechtskraft und sind im betreffenden Verfahren nicht mehr zu ändern.

Das VRPG hält als prinzipales Rechtsmittel in der verwaltungsinternen nachträglichen Verwaltungsrechtspflege die Beschwerde bereit[95]. Sie richtet sich gegen Verfügungen und Einspracheentscheide von Verwaltungsbehörden und verpflichtet das angerufene Verwaltungsjustizorgan, sich mit den aufgeworfenen Streitfragen auseinanderzusetzen und einen förmlichen Prozess- oder Sachentscheid zu fällen. Die mit der Beschwerde angerufenen Verwaltungsjustizorgane sind Teil des hierarchisch aufgebauten Verwaltungsapparates[96]. Aufgrund dieser verwaltungshierarchischen Stellung kommt ihnen grundsätzlich volle Überprüfungsbefugnis zu. In Fällen, wo die Verfügung oder der Einspracheentscheid bei einem verwaltungs*externen* Justizorgan anzufechten ist, tritt an die Stelle der Beschwerde entweder der Rekurs oder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde[97].

[95] Art. 32 Abs. 1 und 2 VRPG.

[96] Das gilt zuweilen auch für die Regierungsstatthalter, denen oftmals eine eigentliche Mittlerfunktion zwischen den Gemeinden und der Zentralverwaltung zukommt. — Dass gegen Verfügungen eines kantonalen Amtes Beschwerde beim Regierungsstatthalter geführt werden kann, ist an sich systemwidrig; vgl. aber Art. 13 des Gesetzes über die Förderung des Fremdenverkehrs (BSG 935.22), welcher Verfügungen über die Beherbergungsabgabepflicht der Beschwerde an den Regierungsstatthalter (und nicht an die Volkswirtschaftsdirektion) unterwirft.

[97] Vgl. hinten Ziffer 2.5. und 2.6.

Ist im *mehrstufigen* Anfechtungsstreitverfahren im Anschluss an den Beschwerdeentscheid eine weitere verwaltungs*interne* Rechtsmittelinstanz vorgesehen, so wird diese mittels Weiterziehung[98] angerufen, während der Rekurs bzw. die Verwaltungsgerichtsbeschwerde wie gesagt dazu dienen, Beschwerdeentscheide bei verwaltungs*externen* Rechtsmittelinstanzen anzufechten.

Die Beschwerde lässt sich zusammenfassend als ordentliches, vollkommenes, reformatorisch und devolutiv wirkendes Rechtsmittel des Anfechtungsstreitverfahrens charakterisieren. Ihr ist auch Suspensivwirkung eigen[99]. Die Beschwerde ist subsidiär gegenüber der Einsprache und prinzipal im Verhältnis zur Weiterziehung, dem andern Rechtsmittel des verwaltungsinternen Anfechtungsstreitverfahrens. Um gültig zu sein, muss die Beschwerde — wie alle Rechtsmittel — bestimmten minimalen Formansprüchen genügen. Es kann auf Art. 51 VRPG verwiesen werden, wobei nicht unerwähnt bleiben soll, dass die Praxis mit Blick auf einen möglichst umfassenden Rechtsschutz bei Laienbeschwerden zu Recht keinen strengen Massstab anwendet[100].

2.4. Weiterziehung

2.4.1. Gesetzliche Begriffsumschreibung

Die Begriffsumschreibung des Rechtsmittels Weiterziehung in Art. 70 VRPG[101] ist wenig aussagekräftig. Sie knüpft am Vorhandensein eines Entscheids einer untern Verwaltungsjustizbehörde an und bringt weiter noch zum Ausdruck, dass der Rechtsmittelinstanz die grösstmögliche Überprüfungsbefugnis zustehen soll: nämlich die gleiche wie der Vorinstanz.

Verwaltungsjustizbehörden sind gemäss Art. 1 VRPG der Regierungsrat und seine Direktionen, das Verwaltungs- und Versicherungsgericht, die Kantonale Rekurskommission, die durch gesetzliche Bestimmung vorgesehenen Spezialkommissionen und

[98] Vgl. hinten Ziffer 2.4.

[99] Art. 33 VRPG.

[100] BVR 1976, S. 441; vgl. NStP 30, S. 140 Erw. 3 mit weitern Hinweisen.

[101] Die Bestimmung lautet: «Durch die Weiterziehung kann die Aufhebung oder Abänderung des Entscheides einer untern Verwaltungsjustizbehörde verlangt werden; der Überprüfung unterliegt das gesamte Verfahren der Vorinstanz.»

die Regierungsstatthalter. Weder aus Art. 1 noch aus Art. 70 VRPG lässt sich herleiten, wer im konkreten Fall untere und wer obere Verwaltungsjustizbehörde ist. Das richtet sich nach dem im Sacherlass vorgezeichneten Instanzenzug oder nach Art. 26 VRPG, der festhält, dass die entsprechenden Entscheide des Regierungsstatthalters an den Regierungsrat bzw. in den Fällen von Art. 24 Ziff. 1-7 VRPG an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden können.

Der Artikel 70 VRPG nimmt keinen Bezug auf die grundlegende Unterscheidung zwischen Klage- und Anfechtungsstreitverfahren[102]. Obere und untere Verwaltungsjustizbehörden gibt es aber in beiden Verfahrensarten. Gemäss Art. 32 Abs. 1 VRPG gelangt man entweder durch Beschwerde (in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege) oder durch Klage (in der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege) an die (erste) Verwaltungsjustizbehörde. Diese ist im mehrstufigen Verfahren identisch mit der untern Verwaltungsjustizbehörde im Sinne von Art. 70 VRPG. Dabei ist im mehrstufigen *Klage*verfahren selbstverständlich, dass der erstinstanzliche Richter (= untere Verwaltungsjustizbehörde) die ihm unterbreiteten Streitfragen nach allen Seiten hin prüft, zumal eine Verfügung fehlt, die er allenfalls nur der Rechtskontrolle, nicht aber auch der Angemessenheitskontrolle unterziehen könnte. Im mehrstufigen *Anfechtungsstreit*verfahren bildet die erste Anfechtungsstufe Teil der verwaltungs*internen* Verwaltungspflege[103], weshalb auch hier — schon aus aufsichtsrechtlichen Gründen — volle Überprüfungsbefugnis besteht[104].

Aus dem Gesagten lässt sich ableiten:

— dass das Rechtsmittel Weiterziehung im *Klage- wie im Anfechtungsstreitverfahren Anwendung findet,* weshalb Rück-

102 Vgl. die Ziffern 1.3. und 1.4. hievor.

103 Dort, wo erstinstanzlich oder im Anschluss an ein Einspracheverfahren verwaltungsunabhängige Rekurskommissionen vorgesehen sind, wird deren Überprüfungsbefugnis spezialgesetzlich geregelt; vgl. Art. 147 i. V. mit Art. 138 StG; Art. 47 Gebäudevers.G; Art. 3 des G über den Strassenverkehr und die Besteuerung der Strassenfahrzeuge (BSG 761.11) i. V. mit dem Dekret über die Rekurskommission für Massnahmen gegenüber Fahrzeugführern (BSG 761.121).

104 Vgl. Ziffer 1.3.2.6. hievor. Eine Ausnahme bildet freilich das Gemeindebeschwerdeverfahren. Hier steht dem Regierungsstatthalter als unterer Verwaltungsjustizbehörde kraft Spezialvorschrift bloss die Rechtskontrolle zu (vgl. Art. 58 i. V. mit Art. 62 GG).

schlüsse vom Rechtsmittel Weiterziehung auf das Vorhandensein von Beschwerde- oder Klagematerie unzulässig sind,

— dass das Rechtsmittel Weiterziehung im Anfechtungsstreitverfahren frühestens dann zum Zuge kommt, wenn es gilt, an die zweite oder dritte Rechtsmittelinstanz zu gelangen (die erste Rechtsmittelinstanz wird mit einer Beschwerde angerufen),

— dass das Rechtsmittel Weiterziehung der angerufenen Instanz grundsätzlich *volle Kognition* (Rechtskontrolle und Angemessenheitsprüfung) verschafft, weil durch die Formulierung: «der Überprüfung unterliegt das gesamte Verfahren der Vorinstanz» immer ein Rückbezug auf die erste Klage- oder Beschwerdeinstanz erfolgt und diese Behörden — vorbehältlich spezialgesetzlicher Bestimmung[105] — regelmässig die ihnen unterbreiteten Streitfragen auf Rechtmässigkeit *und* Angemessenheit durchleuchten.

2.4.2. Weiterziehung als Rechtsmittel der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege

Die soeben gewonnenen Erkenntnisse über die Weiterziehung lassen diese als *geeignetes Rechtsmittel* für die dem Zivilprozess verwandte *ursprüngliche Verwaltungsrechtspflege* erscheinen. Sie knüpft an Entscheide unterer Verwaltungsjustizorgane an. Als solche gelten u. a. Urteile, welche von Justizbehörden auf *Klage* hin gefällt werden. Ferner entspricht die Weiterziehung in ihrer Gestalt als prinzipales, ordentliches, vollkommenes, reformatorisch und devolutiv wirkendes Rechtsmittel mit Suspensiveffekt der Appellation gemäss Art. 333 ZPO[106]. Das VRPG bringt das mit der Marginalie zu Art. 19 denn auch verbal zum Ausdruck[107]. Die hauptsächlichste Abweichung zur Appellation liegt im Formellen. Nach Artikel 72 VRPG ist die Weiterziehung schriftlich und begründet beim judex ad quem einzureichen; demgegenüber ist die Appellation mündlich oder schriftlich, jedenfalls aber ohne Begründung beim judex a quo, anzubringen[108]. Dieser

[105] Z. B. im Gemeindebeschwerdeverfahren.

[106] Vgl. *Ergänzungsbericht,* S. 9 Ziffer 3 a. Zu den wesentlichen Elementen der Appellation: *Kummer,* S. 193 ff.

[107] Die Marginalie lautet: «Das Verwaltungsgericht als Appellationsinstanz.» Vgl. auch *Gygi/Stucki,* NN 1 und 2 zu Art. 19.

[108] Art. 339 ZPO; vgl. auch *Leuch,* N 3 zu Art. 339 ZPO.

Unterschied berührt indessen den gleichartigen Kern der beiden Rechtsmittel so wenig wie jene Abweichung im Materiellen, welche sich bei Besinnung auf die grundlegenden Verfahrensmaximen m. E. einstellen müsste: Die Dispositionsmaxime lässt es zu, Urteile ganz oder bloss teilweise weiterzuziehen. Daher kann der Streitgegenstand grundsätzlich auch nur auf den *Kostenspruch* eines unterinstanzlichen Erkenntnisses beschränkt werden. Für den Zivilprozess schliesst der Artikel 67 ZPO dies freilich aus. Im VRPG fehlt aber eine solche Vorschrift, weshalb eine lediglich gegen den Kostenentscheid gerichtete Weiterziehung nicht von der Hand gewiesen werden dürfte[109].

2.4.3. Weiterziehung als Rechtsmittel in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege

Wie unter Ziffer 2.4.1. hievor festgestellt, ist Art. 70 VRPG wenig aussagekräftig. Ein Bezug auf die Verwaltungsgerichtsbeschwerde fehlt. Diese richtet sich aber grundsätzlich ebenfalls gegen Entscheide unterer Verwaltungsjustizbehörden. Abgrenzungsprobleme sind von daher unumgänglich. Die Kontur- und Vorbehaltslosigkeit der Vorschrift erweckt den Eindruck, die Weiterziehung sei immer und überall, also auch in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege, das passende Rechtsmittel. Dass der Gesetzgeber selber zuweilen dieser Illusion erlegen ist, veranschaulichen die folgenden sechs Beispiele, die stellvertretend für zahlreiche andere angeführt werden:

Beispiel A: Eine Schleifungsverfügung der kommunalen Baupolizeibehörde kann mit Beschwerde beim Regierungsstatthalter angefochten werden. Dessen Entscheid ist an das Verwaltungsgericht weiterziehbar (Art. 62 Abs. 1 BauG).

Die sachliche und funktionelle Zuständigkeitsordnung des Verwaltungsgerichts ist im VRPG aufgrund der Unterscheidung

[109] Für die *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* hat das Verwaltungsgericht in einem neueren Entscheid eine solche Beschränkung des Streitgegenstandes als zulässig erklärt (BVR 1978, S. 45 ff). Der Fall «Granges» in MBVR 73/1975, S. 317 ff weist in Richtung der hier vertretenen Auffassung; er betrifft freilich die Kostenliquidation im Rahmen einer Abschreibungsverfügung.

zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsrechtspflege festgelegt worden. Das Gesetz trennt zwischen der Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts als Beschwerdeinstanz (Art. 15 VRPG), als einzige (Klage-)Instanz (Art. 17 VRPG) und als Appellationsinstanz (Art. 19 VRPG)[110]. Daraus ist zwingend abzuleiten, dass in *Beschwerdesachen das Verwaltungsgericht nur mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen* werden kann. Im oben erwähnten Beispiel liegt unbestrittenermassen eine Beschwerdematerie vor. Die Bestimmung, wonach regierungsstatthalterliche Entscheide über kommunale Schleifungsverfügungen ans Verwaltungsgericht weiterziehbar sind, ist trotz des Adjektivs «weiterziehbar» als spezialgesetzliche Vorschrift im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG zu verstehen. Der regierungsstatthalterliche Entscheid unterliegt daher der Verwaltungsgerichtsbeschwerde.

Beispiel B: Der Artikel 29 Absatz 3 Viehvers.G sieht vor, dass alle vom Regierungsstatthalter in Viehversicherungssachen getroffenen Entscheide, die gemäss Abs. 1 und 2 von Art. 29 Viehvers.G entweder auf Klage oder Beschwerde hin ergehen, ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden können.

Die Entscheide gemäss Art. 29 Abs. 1 und 2 Viehvers.G fällt der Regierungsstatthalter als untere Justizbehörde, und zwar unabhängig davon, ob er als Beschwerde- oder Klageinstanz angerufen wird. Für die Klagematerien ist die Weiterziehung ans Verwaltungsgericht als Appellationsinstanz das zutreffende Rechtsmittel[111]. Anderes gilt für die Beschwerdematerien. Die Situation ist dieselbe wie im Beispiel A. Es kann auf das dort Gesagte verwiesen werden.

[110] Diese Trias in der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit taucht erstmals im Entwurf der Expertenkommission vom 5. November 1959 auf; am 21. Oktober 1959 hatte die Expertenkommission eingehend über die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeitsordnung beraten, wobei die Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Verwaltungsrechtspflege in bezug auf die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit hervorgehoben wurde (vgl. im Protokoll S. 4 ff die Voten Gygi, Thomet, Schneiter, Kellerhals, Roos und Regierungsrat Moser).

[111] Vgl. Ziffer 2.3.2. hievor.

Beispiel C: Nach Art. 15 GEV ist der Regierungsstatthalter zuständig, gegenüber einem Alkoholgefährdeten ein Wirtshaus- und Alkoholverbot zu verhängen. Seine Verfügung kann gemäss Art. 16 Abs. 3 GEV an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

Da der Regierungsstatthalter hier nicht als untere Verwaltungsjustizbehörde amtet, scheidet die Weiterziehung als Rechtsmittel aus. Im Rechtsmittelsystem des VRPG kommt einzig die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG in Frage.

Beispiel D: Ordnet das Jugendgericht eine Massnahme im Sinne des JRPG an, so setzt es gemäss Art. 76 Abs. 3 JRPG gleichzeitig jene Vollzugskosten fest, welche der Beurteilte oder seine Eltern während der Dauer des Vollzuges zu tragen haben. Diese Vollzugskostenbestimmung kann nach Art. 76 Abs. 6 JRPG ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

Zwar geht hier das Anfechtungsobjekt von einem Justizorgan aus; trotzdem liegt kein Entscheid einer untern Verwaltungsjustizbehörde im Sinne von Art. 70 VRPG vor. Die Vollzugskostenbestimmung ist vielmehr eine Verfügung im Rechtssinne, welche als letztinstanzlicher Verwaltungsentscheid mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden kann. Der Artikel 76 Absatz 6 JRPG ist mit andern Worten als spezialgesetzliche Regelung im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG zu verstehen.

Beispiel E: Das Amt für Berufsbildung setzt in einer Verfügung die Schulkostenbeiträge an Berufsschulen fest. Gemäss Art. 2 Abs. 2 des Dekrets über die Finanzierung der Berufsschulen[112] kann der Entscheid des Amtes für Berufsbildung an das Verwaltungsgericht weitergezogen werden.

Dem Amt für Berufsbildung fehlt die Stellung einer untern Verwaltungsjustizbehörde, weshalb die Weiterziehung als Rechtsmittel ausscheidet. Das vom Gesetzgeber eingeräumte Rechtsmit-

[112] BSG 435.291.

tel ist als Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG zu qualifizieren[113].

Beispiel F: Der Artikel 81 Absatz 1 GWG bestimmt: «Die Weiterziehung einer Verfügung der Direktion der Volkswirtschaft an den Regierungsrat ist bei Verweigerung, Nichterneuerung oder Entzug eines Patentes oder einer Bewilligung für Gastwirtschaftsbetriebe oder eines Patentes für den Handel mit geistigen Getränken möglich.»

Die Volkswirtschaftsdirektion tritt hier nicht als untere Verwaltungsjustizbehörde, sondern als verfügende Behörde auf. Daher ist die Beschwerde im Sinne von Art. 32 Abs. 1 VRPG und nicht die Weiterziehung das zutreffende Rechtsmittel.

Ob man mittels Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder Weiterziehung ans Verwaltungsgericht gelange, mag oberflächlich betrachtet belanglos scheinen. Dem ist aber mit Blick auf die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts nicht so. Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde führt zur Rechtskontrolle (Art. 16 Abs. 2 VRPG), während mit der Weiterziehung grundsätzlich volle Kognition verbunden ist[114]. Soll das Gericht im Rahmen der Verwaltungsgerichtsbeschwerde den angefochtenen Entscheid auch auf Angemessenheit hin überprüfen, so muss dies im Sacherlass ausdrücklich vorgesehen werden[115]. Als Beispiel dafür, dass der Gesetzgeber im Zusammenhang mit einer «unechten Weiterziehung» (recte: Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne von Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG) eine solche Kognitionserweiterung vorgesehen hat, diene Art. 54 BUD. In Absatz 2 wird ausdrücklich festgehalten: «Der Überprüfung unterliegt das gesamte Verfahren der Vorinstanz mit Einschluss der Angemessenheit der Schätzungen.»

In den eingangs angeführten Beispielen A bis E fehlt eine solche Kognitionserweiterung. Trotzdem überprüft das Verwaltungsgericht regierungsstatthalterliche Beschwerdeentscheide über

[113] So auch das Ergebnis des Meinungsaustausches zwischen dem Verwaltungsgericht und der Kantonalen Volkswirtschaftsdirektion vom 6. bzw. 16. Juli 1976.

[114] Vgl. hievor Ziffer 2.4.1.

[115] Vgl. den entsprechenden Vorbehalt in Art. 16 Abs. 2 VRPG.

Schleifungen, die Verhängung eines Alkohol- bzw. Wirtshausverbotes sowie die Vollzugskostenbeitrags-Verfügungen der Jugendgerichte mit voller Kognition[116]. Zur Begründung wird regelmässig bloss auf Art. 70 VRPG und den entsprechenden Kommentar bei *Gygi/Stucki* verwiesen. Diese Praxis, welche sich offensichtlich nur an den Worten «Weiterziehung», «weiterziehbar» bzw. «weiterziehen» orientiert, ist nach den oben gewonnenen Erkenntnissen unhaltbar. Im übrigen besteht auch von der Sache her kaum Anlass, die Überprüfungsbefugnis über die Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG auszudehnen. In bezug auf die hievor namhaft gemachten Beispiele gilt dies sicherlich für die Festsetzung der Schulgeldbeiträge. Zur Diskussion stehen bloss Rechtsfragen (zu welchen auch die Konkretisierung unbestimmter Gesetzesbegriffe gehört[117]); die Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG genügt vollkommen. Ausschliesslich Rechtsfragen stehen auch bei den Schleifungsverfügungen an. Dem Verwaltungsgericht hier volle Kognition zuzubilligen, stünde überdies in einem Missverhältnis zur verwaltungsgerichtlichen Überprüfungsbefugnis bei Baubeschwerden gemäss Art. 57 BauG. Der Artikel 29 Absatz 1 Viehvers.G betrifft Schätzungsfragen. Der Regierungsstatthalter als erste Beschwerdeinstanz prüft sie mit voller Kognition, so dass im mehrstufigen Beschwerdeverfahren die abschliessende Rechtskontrolle durch das Verwaltungsgericht als hinreichend erscheint. Um Ermessensfragen geht es bei der Verhängung des Alkoholverbots und beim Festsetzen des Vollzugskostenbeitrags. Hier ist nur ein einstufiges Anfechtungsstreitverfahren vor dem Verwaltungsgericht vorgesehen, weshalb die Ermessensentscheide lediglich im Rahmen der Rechtskontrolle überprüft werden. Diese schwache Stelle in der Überprüfungsdichte kann kaum auf dem Interpretationswege geschlossen werden, zumal Anhaltspunkte fehlen, dass der Gesetzgeber einen über die Kontrolle der rechtsfehlerhaften Ermessensbetätigung hinausgehenden Rechtsschutz hat einführen wollen und beispielsweise solchen auch für Anstaltseinweisungen

116 VGE Nr. 15440 vom 22. November 1976 i. S. Grau und VGE Nr. 15535 vom 7. November 1977 i. S. EG Därligen; VGE Nr. 15697 vom 17. Januar 1978 i. S. H. G.; BVR 1978, S. 114 Erw. 4.

117 Vgl. Ziffer 1.3.2.6. hievor.

durch den Regierungsrat gemäss Art. 55 Abs. 4 GEV nicht vorgesehen hat[118].

Als *Ergebnis* lässt sich festhalten, dass die Weiterziehung in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege bei weitem nicht ein solch grosses Wirkungsfeld vorfindet, wie man das aufgrund der häufig in Gesetzen auftauchenden Begriffe «Weiterziehung» oder «weiterziehbar» vermuten könnte. Die Weiterziehung kommt nur im *mehrstufigen Anfechtungsstreitverfahren zum Zuge und auch da bloss dann, wenn es gilt, einen Beschwerdeentscheid verwaltungsintern bei einem obern Verwaltungsjustizorgan anzufechten.*

2.4.4. Bedeutung von Artikel 26 VRPG

Nach Art. 26 Abs. 2 VRPG können Entscheide des Regierungsstatthalters, die dieser aufgrund von Art. 24 Ziff. 1 bis 7 VRPG gefällt hat, ans Verwaltungsgericht weitergezogen werden. Alle übrigen regierungsstatthalterlichen Entscheide sind, wo nichts anderes bestimmt wird, an den Regierungsrat weiterziehbar (Art. 26 Abs. 1 VRPG).

Die zuletzt erwähnte Weiterziehungsmöglichkeit (Abs. 1 von Art. 26 VRPG) liesse sich auch aus Art. 14 Abs. 1 VRPG ableiten[119]. Sie gibt weder für Klagematerien noch für Beschwerdematerien besondere Probleme auf. Denn der Regierungsrat ist im

[118] Vgl. Art. 60 GEV. — Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit gemäss Art. 16 Abs. 3 GEV wurde durch Art. 26 Ziff. 1 DelG eingeführt (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1969, Beilage Nr. 61, S. 14, wo die Kantonale Justizdirektion in ihrem Vortrag an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates ausführte: «Das Verwaltungsgericht ist z. T. oberste Gerichtsbehörde in diesen Versorgungssachen, und es rechtfertigt sich, seine Kompetenz zur Beurteilung von Beschwerden gegen Prozessverfügungen der untern Instanz zu statuieren.» Im übrigen wird in Kürze die bevorstehende Änderung des ZGB (Änderung vom 6. Oktober 1978, BBl 1978 II 863) eine Neuregelung der kantonalrechtlich geordneten Zuständigkeiten auf dem Gebiet des fürsorgerischen Freiheitsentzugs nach sich ziehen.
Art. 76 Abs. 6 JRPG lautete nach der ersten Lesung im Grossen Rat wie folgt: «Der Entscheid über die Kostenfestsetzung ist nicht weiterziehbar.» Der Regierungsrat und die grossrätliche Kommission beantragten alsdann für die zweite Lesung die heutige Fassung, welche vom Grossen Rat diskussionslos angenommen wurde (vgl. Tagblatt des Grossen Rats 1972, Beilage Nr. 18, S. 21).

[119] Vgl. *Gygi/Stucki* N 1 zu Art. 26.

Verhältnis zum Regierungsstatthalter *obere* Verwaltungsjustizbehörde, und es steht ihm volle Überprüfungsbefugnis zu. Die Weiterziehung ist das passende Rechtsmittel.

Soweit mit der vorgesehenen Weiterziehung ans Verwaltungsgericht (Abs. 2 von Art. 26 VRPG) *Klagefälle* anvisiert sind, was für die Mehrzahl der in Art. 24 Ziff. 1 bis 7 aufgeführten Streitsachen zutrifft, konkretisiert Art. 26 Abs. 2 VRPG den Art. 19 VRPG. Das Verwaltungsgericht urteilt als Appellationsinstanz. Die Weiterziehung ist auch hier das richtige Rechtsmittel. Anders verhält es sich indessen für die *Beschwerdematerien* unter den in Ziff. 1 bis 7 von Art. 24 VRPG genannten Streitsachen. Anfechtungsstreite können sich in erster Linie bei den unter Ziff. 5 und 7 erwähnten Materien einstellen (kommunale Verfügungen betreffend Unterstellung unter die Feuerwehrdienstpflicht[120]; regierungsstatthalterliche Einweisung in eine Heil- und Pflegeanstalt[121]). Die Weiterziehung gerät hier in Konflikt mit dem Grundsatz, wonach das Verwaltungsgericht im Rahmen der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege nur mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen werden kann. Soweit Beschwerdematerien in Frage stehen, muss das Rechtsmittel gemäss Art. 26 Abs. 2 VRPG als Verwaltungsgerichtsbeschwerde qualifiziert werden. Das wiederum bewirkt, wie bereits unter Ziff. 2.4.3. hievor erläutert, eine Beschränkung der Überprüfungsbefugnis auf die Rechtskontrolle gemäss Art. 16 Abs. 2 VRPG[122].

2.4.5. Zum Begriff «Weiterziehung» in den Artikeln 63 und 79 VRPG

Die prozessleitende oder urteilende Behörde kann während der Dauer des Hauptprozesses unter gewissen Voraussetzungen *vorsorgliche Massnahmen* anordnen[123]. Nach Art. 63 VRPG können die entsprechenden Entscheide weitergezogen werden,

120 MBVR 63/1965 Nr. 108; 68/1970 Nr. 33.

121 Vgl. § 18 Abs. 2 des D vom 12. Mai 1936 über die öffentlichen und privaten psychiatrischen Kliniken (BSG 812.511).

122 In VGE Nr. 15063 vom 23. Juli 1973 i. S. W.(Anstaltseinweisung gemäss § 18 Abs. 2 des D über die öffentlichen und privaten psychiatrischen Kliniken) führte das Verwaltungsgericht zu seiner Überprüfungsbefugnis daher fälschlicherweise aus: « Die Kognition des Gerichts ist gemäss Art. 19 i. V. mit Art. 70 VRPG eine vollumfängliche (Appellation).»

123 Art. 60 ff VRPG; *Gygi/Stucki* N 1 zu Art. 60.

wenn die Hauptsache weiterziehbar ist[124]. Soll damit ausgedrückt werden, Entscheide betreffend vorsorglicher Massnahmen seien nur überprüfbar, wenn die Hauptsache dem Rechtsmittel Weiterziehung unterliegt? Wohl kaum. Das Rechtsinstitut «vorsorgliche Massnahme» hat seinen Platz sowohl in der ursprünglichen wie in der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege und innerhalb der letzteren auch in Streitsachen, die der Verwaltungsbeschwerde unterliegen. Der Artikel 63 VRPG bringt bloss zum Ausdruck, dass der Entscheid über eine vorsorgliche Massnahme dem gleichen Rechtsmittel wie die Hauptsache unterworfen ist[125]. Unterliegt letztere der Verwaltungsgerichtsbeschwerde und damit der Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG, so verhält es sich für die Überprüfung des Entscheides betreffend die vorsorgliche Massnahme nicht anders. Wenn Ermessensentscheide mit im Spiele sind, kann daher nur geprüft werden, ob diese rechtsfehlerfrei seien.

Die gleichen Überlegungen gelten für Artikel 79 VRPG, welcher mit Artikel 63 VRPG zwar nicht wörtlich, aber doch dem Sinne nach übereinstimmt[126].

Beide Bestimmungen sind weiteres[127] Zeugnis dafür, dass der Gesetzgeber die Begriffe «Weiterziehung», «weiterziehen» oder «weiterziehbar» mitunter unbedacht verwendet hat. Die Wendungen: «... kann weitergezogen werden an» oder: «... ist an ... weiterziehbar» wecken unweigerlich Assoziationen zum Rechtsmittel Weiterziehung. Diese Assoziationen führen aber in die Irre, wenn Wendungen der genannten Art bloss in den Gesetzestext eingebaut werden, um dem Rechtsuchenden anzuzeigen, dass er die Möglichkeit habe, eine weitere Instanz anzurufen. Mit andern Worten: Solange die Verfahrensordnung

[124] Sog. *superprovisorische* vorsorgliche Massnahmen sind in Analogie zu Art. 328 ZPO zwar grundsätzlich zulässig, doch unterliegen sie *keinem* Rechtsmittel (vgl. VGE Einzelr. Nr. 15739 vom 21. März 1978 i. S. Breuer).

[125] Anders VGE Nr. 15290 vom 7. April 1975 i. S. Dick-Rosenzopf, wo das Verwaltungsgericht erkannt hat, beim Rechtsmittel gemäss Art. 63 VRPG handle es sich um eine Appellation, die volle Überprüfungsbefugnis verschaffe.

[126] Art. 79 VRPG lautet: «Der Entscheid über das neue Recht kann an die obere Instanz weitergezogen werden, wenn die Streitsache selbst weiterziehbar war.» Vgl. auch Art. 11 Abs. 3 VRPG.

[127] Vgl. Ziffern 2.4.3. und 2.4.4. hievor.

eines von mehreren Rechtsmitteln mit dem wenig kennzeichnenden Namen «Weiterziehung» versieht, ist bei der Umschreibung des Rechtsmittelweges in den Sacherlassen besondere Begriffsdisziplin nötig.

2.5. Rekurs

Das «Rekurs» geheissene Rechtsmittel des Anfechtungsstreitverfahrens ist im VRPG nicht geregelt. Es findet sich aber in Sacherlassen.

Am bekanntesten dürfte der *Steuerrekurs* sein. Gemäss Art. 143 StG können der Steuerpflichtige, die Kantonale Steuerverwaltung und die Gemeinde gegen die von der Veranlagungsbehörde erlassene Einspracheverfügung den Rekurs an die Kantonale Rekurskommission erklären. Diese überprüft die Grundlagen der Veranlagung im ganzen Umfang und kann die Verfügung auch zum Nachteil des Rekurrenten abändern[128].

Der Rekurs ist ordentliches, vollkommenes, reformatorisch und devolutiv wirkendes Rechtsmittel mit Suspensiveffekt[129]. Gegenüber der Einsprache und der Beschwerde ist der Rekurs subsidiär; gegenüber der Weiterziehung und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde prinzipal. Von der Weiterziehung unterscheidet sich der Rekurs dadurch, dass er durch ein verwaltungs*externes* Justizorgan zu beurteilen ist. Im Gegensatz zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist mit dem Rekurs regelmässig volle Kognition verbunden.

Der Gesetzgeber ist mit der Benennung der Rechtsmittel auch im Bereiche des Rekurses nicht konsequent verfahren. So werden Rechtsmittel, welche die Charaktermerkmale des Rekurses aufweisen, nicht als solche bezeichnet. Das trifft zum Beispiel für Art. 47 Gebäudevers.G zu, wo von der Einsprache (statt Rekurs) an die entsprechende Rekurskommission die Rede ist[130]. Artikel

[128] Vgl. Art. 141—148 StG. *Hans Gruber*, Handkommentar zum bernischen Gesetz über die direkten Staats- und Gemeindesteuern, Bern 1975, spricht in N 2 zu Art. 141 dem Rekurs den Rechtsmittelcharakter ab, ohne dass indessen einleuchtend dargetan würde, was der Rekurs denn sonst darstellte.

[129] Zu diesen Begriffen vgl. Ziffer 2.1. hievor.

[130] Vgl. Ziffer 2.2.2.2. hievor.

19 des Dekretes über die Anwaltsgebühren[131] sieht vor, dass der amtlich bestellte Anwalt und die Kantonale Justizdirektion gegen die durch den Richter dekretswidrig und unangemessen festgesetzten Gebühren- und Auslagenforderungen ans Verwaltungsgericht *rekurrieren* können. Da es um die verwaltungsgerichtliche Überprüfung einer Verfügung im Rechtssinne geht, wäre die Verwaltungsgerichtsbeschwerde das passende Rechtsmittel[132]; dem Gericht stünde wegen der Formulierung: «gegen dekretswidrige und unangemessene Festsetzung» abweichend von Art. 16 Abs. 2 VRPG volle Kognition zu. Nach § 9 der Verordnung über die Kontrolle und Verwendung der Jagdwaffen[133] befindet die Kantonale Forstdirektion endgültig über Rekurse gegen Entscheide der Waffenkontrollstellen[134]. Warum hier von Rekurs und nicht von Beschwerde die Rede ist, leuchtet nicht ein. Von wenig Begriffstreue zeugt schliesslich auch die Formulierung in Art. 3 des Gesetzes über den Strassenverkehr und die Besteuerung der Strassenfahrzeuge[135]: «Eine Rekurskommission entscheidet über Beschwerden gegen Verfügungen. . .».

Wenn das geltende Rechtsmittelsystem im Anfechtungsstreitverfahren schon zwischen Einsprache, Beschwerde, Weiterziehung, Rekurs und Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterscheidet, dann sollte diese Vielfalt auch in den Gesetzestexten konsequent durchgezogen werden. Missverständnisse sind sonst nicht auszuschliessen.

2.6. Verwaltungsgerichtsbeschwerde

Im Anfechtungsstreitverfahren wird das Verwaltungsgericht wie gesagt[136] nur mit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde angerufen. Diese setzt mit einer Ausnahme einen letztinstanzlichen Verwal-

131 BSG 168.81.

132 VGE Nr. 15675 vom 24. April 1978 i. S. Staat Bern gegen Saluz spricht zu Unrecht von Weiterziehung.

133 BSG 922.43.

134 Als solche amten die Bezirkschefs der Kantonspolizei und im Amtsbezirk Bern die Stadtpolizei.

135 BSG 761.11.

136 Vgl. vorn Ziffer 2.4.3. (Beispiel A).

tungsentscheid voraus[137], welcher auf kommunalem und/oder kantonalem Recht und, ganz oder teilweise, auch auf Bundesrecht gründen kann. Das Erfordernis der Letztinstanzlichkeit will besagen, dass der im Sacherlass geregelte Instanzenzug vollständig durchlaufen sein muss, bevor der Weg ans Verwaltungsgericht offensteht. Der dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren vorangehende Instanzenzug verläuft meist verwaltungs*intern*. Ausnahmen finden sich z. B. im Steuerrecht, bei der Gebäudeversicherung und im Bodenverbesserungsrecht[138]. Indessen sind nicht alle letztinstanzlichen Verwaltungsentscheide beim Verwaltungsgericht anfechtbar; der verwaltungsgerichtlichen Beschwerde unterliegen nur jene Verwaltungsentscheide, die einer der in Art. 15 Abs. 1 Ziff. 1 bis 6 VRPG aufgezählten Materien zugeordnet werden können. Ferner ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zulässig, wenn sie in Sacherlassen ausdrücklich vorgesehen ist (Art. 15 Abs. 1 Ziff. 7 VRPG). Die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit im Anfechtungsverfahren ist mithin nach der sog. *Enumerationsmethode* geregelt, wobei die strenge Enumeration mittels *Teilgeneralklauseln* durchbrochen wird[139].

Die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist ordentliches, unvollkommenes[140], reformatorisches Rechtsmittel mit Devolutiv- und Suspensiveffekt. Sie ist subsidiär gegenüber allen andern kantonalen Rechtsmitteln des Anfechtungsstreitverfahrens und prinzipal im Verhältnis zur eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde für Streitsachen, die sich, wie z. B. das Baubewilligungsverfahren, sowohl auf kantonales als auch auf Eidgenössisches Verwaltungrecht beziehen oder gänzlich auf letzterem gründen[141]. Diese klare Ordnung gilt erst seit der am 1. Januar

137 Art. 16 Abs. 2 VRPG nennt als Beschwerdegrund u. a. die Rechtsverweigerung. Eine solche kann aber gerade auch im unrechtmässigen Verzögern und damit Fehlen eines Verwaltungsentscheides liegen.

138 Vgl. Art. 141 ff StG; Art. 47 Gebäudevers.G; Art. 67 f MelG.

139 Der Vortrag der Justizdirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates vom April 1960 führt dazu in Ziffer II. 1. aus: "Der Entwurf der Justizdirektion folgt der in der Schweiz mehr und mehr an Boden gewinnenden mittleren Lösung der sogenannten Teilgeneralklauseln. Die Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts soll nach dieser Methode weder generell noch einzeln, sondern gebiets- und kategorienweise umschrieben werden.»

140 Bezogen auf die Überprüfungsbefugnis, die im Regelfalle auf die Rechtskontrolle beschränkt ist (Art. 16 Abs. 2 VRPG).

141 Vgl. BVR 1977, S. 24 Erw. 4.

1978 in Kraft getretenen Revision des Artikels 21 Absatz 1 VRPG. Vorher musste die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit im Streit um die Baubewilligung über den sog. Gerichtsstand des Sachzusammenhangs konstruiert werden, um eine Gabelung des Rechtsweges («kantonaler» Teil der Verfügung anfechtbar beim Verwaltungsgericht, «bundesrechtlicher» Teil der Verfügung anfechtbar beim Bundesgericht) auszuschliessen[142].

In bestimmten, in Art. 21 VRPG aufgezählten Fällen ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausgeschlossen. Es geht dabei um Vorbehalte hinsichtlich der Zuständigkeiten des Grossen Rates, der Zivilgerichte und der Bundesverwaltungsbehörden sowie zum Vorbehalte betreffend Vorschriften über die Fremdenpolizei und die Disziplinarrechtspflege. Weiter erachtete es der Gesetzgeber aus staatspolitischen Gründen als inopportun, grossrätliche Beschlüsse, soweit sie überhaupt verwaltungsentscheidsähnlichen Charakter haben, der verwaltungsgerichtlichen Kontrolle zu unterwerfen[143].

Wie bereits mehrfach erwähnt, führt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde zur Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG; wo das Gesetz der Verwaltung Ermessen einräumt, kann das Gericht nur prüfen, ob bei der Ermessensausübung Rechtsfehler (Ermessensmissbrauch, Ermessensüber- oder -unterschreitung) vorgekommen seien. Eine volle Ermessensüberprüfung findet sich daher — spezialgesetzliche Regelungen vorbehalten — bloss bei *mehrstufigen* Verfahren in *unterer* Instanz[144].

Die verwaltungsgerichtliche Überprüfung angefochtener Verwaltungsentscheide umfasst auch die *konkrete (akzessorische) Normenkontrolle*[145]. Der Beschwerdeführer kann somit rügen, die ihn betreffende Verfügung stütze sich auf eine Norm, die bundes- oder kantonsverfassungswidrig sei[146]. Erachtet das Gericht die Rüge für begründet, so versagt es der betreffenden

142 Vgl. BVR 1976, S. 5 ff, insbes. S. 17/18.
Zur Interdependenz von Bundesverwaltungsrecht und kantonalem Verwaltungsrecht sowie der daraus resultierenden Rechtsmittelkonkurrenz vgl. *Kölz/Kottusch*, S. 454 ff.

143 Das betrifft z. B. Beschlüsse über die Erteilung des Enteignungsrechts (Art. 41 EntG), Gnadenakte usw.; vgl. auch *Gygi/Stucki* II. zu Art. 21.

144 Vgl. vorne Ziffer 2.4.1. und 2.4.3.; vgl. auch Ziffer 1.3.2.6.

145 Das VRPG kennt keine abstrakte Normenkontrolle; vgl. *Gygi/Stucki* N II 4 lit. f zu Art. 32.

146 Vgl. *Gygi/Stucki* N II 6 zu Art. 16; BVR 1978, S. 230/31 und 238/39.

Norm im konkreten Fall die Anwendung. Der Regierungsrat hat es unter Hinweis auf Art. 38 KV für sich und die ihm untergeordneten Verwaltungsjustizorgane neulich wiederum abgelehnt, akzessorische Normenkontrolle zu betreiben[147]. Hierin liegt eine schwache Stelle der regierungsrätlichen Verwaltungsjustiz; in einem System ohne Generalklausel für die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit fällt sie doppelt ins Gewicht.

2.7. Sonderfälle

Im folgenden sollen zwei rechtsmittelmässige Sonderfälle gestreift werden: die Prozessbeschwerde (Art. 80 VRPG) und die Gemeindebeschwerde (Art. 57 ff GG). Sonderfälle liegen deshalb vor, weil die beiden Rechtsmittel spezielle Anfechtungsobjekte aufweisen. Bei der Prozessbeschwerde geht es um prozessleitende Verfügungen; bei der Gemeindebeschwerde sind Beschlüsse, Verfügungen oder Wahlen der Gemeindeorgane angefochten.

2.7.1. Prozessbeschwerde

Die Prozessbeschwerde ist in einem einzigen Artikel geregelt, welcher die Rechtsmittelvoraussetzungen, die Zuständigkeitsordnung, die Beschwerdegründe und die Verfahrensvorschriften in sich vereinigt[148].

[147] Vgl. den RRB Nr. 1496 vom 17. Mai 1977, publiziert in BVR 1978, S. 228 ff insbes. 230; das Bundesgericht ist im Rahmen der gegen diesen Entscheid gerichteten staatsrechtlichen Beschwerde der Frage nicht näher nachgegangen, ob kantonale Verwaltungsbehörden verpflichtet seien, das von ihnen zu vollziehende kantonale Recht auf seine Übereinstimmung mit der Bundesverfassung und der Bundesgesetzgebung zu überprüfen. Es verwies aber immerhin auf BGE 91 I 314, wo es diese Frage bejaht hatte; vgl. BVR 1978, S. 238/39 = BGE 104 Ia 79. — Die regierungsrätliche Praxis bezüglich der abstrakten Normenkontrolle ist aber nicht konsequent: so prüfte der Regierungsrat in Erw. 4 des RRB Nr. 3832 vom 21. Dez. 1977 zum Beispiel, ob eine bestimmte Vorschrift der Reklameverordnung (BSG 722.51) verfassungskonform sei.

[148] Art. 80 VRPG hat folgenden Wortlaut:
«[1] Gegen prozessleitende Verfügungen einer untern Verwaltungsjustizbehörde kann in folgenden Fällen bei der sachlich zuständigen obern Instanz Beschwerde geführt werden wegen:
Verzögerung oder Verweigerung einer gesetzlichen Rechtshilfe;
Bewilligung einer gesetzwidrigen Rechtshilfe;

Anfechtungsobjekt der Prozessbeschwerde sind *prozessleitende Verfügungen*[149]. Der Sinn und Zweck dieses Rechtsmittels besteht offenbar darin, mit Blick auf einen richtigen und möglichst raschen Entscheid in der Hauptsache während des Verfahrens prozessuale Fehlleistungen zu beheben[150]. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll dies so geschehen, dass die sachlich zuständige *obere* Verwaltungsjustizbehörde über Bestand oder Nichtbestand einer umstrittenen prozessualen Vorkehr der *unteren* Verwaltungsjustizbehörde zu entscheiden hat[151].

Urteilt in der Hauptsache eine Kollegialbehörde und richtet sich die Prozessbeschwerde gegen prozessleitende Verfügungen des Präsidenten oder des prozessleitenden Mitglieds dieses Organs, so ist im Sinne einer Ausnahme vom obengenannten Grundsatz die Kollegialbehörde (und nicht die sachlich zuständige obere Instanz) zur Beurteilung der Prozessbeschwerde zuständig (Art. 80 Abs. 2 VRPG). Diese Ausnahme ist an sich sachwidrig. Instruiert die urteilende Behörde nicht selber, sondern durch eine ihr angehörende Einzelperson (bzw. auf Stufe Regierungsrat durch eine Direktion), so hat sie sich die Handlungen dieses Instruktionsorgans als die ihren anrechnen zu lassen. Unter diesem Blickwinkel überzeugt es kaum, dass die *Kollegial*behörde über prozessleitende Verfügungen soll befinden dürfen bzw. müssen. Es ist die Auffassung vertreten worden[152], die in Art. 80 Abs. 2 VRPG aufgestellte Ausnahme in der Zuständigkeitsordnung gelte auch für prozessleitende Verfügungen von Mitgliedern einer (im Sinne von Art. 80 VRPG) *obern*

ungebührlicher Behandlung der Parteien oder dritter Personen im Verfahren;
Formverletzung.

2 Richtet sich die Beschwerde gegen den Präsidenten oder das prozessleitende Mitglied einer Kollegialbehörde, so ist diese zur Beurteilung zuständig.

3 Die Beschwerdefrist beträgt 10 Tage seit Kenntnis des Sachverhalts; wegen Rechtsverzögerung oder Rechtsverweigerung kann jederzeit Beschwerde geführt werden.»

149 Vgl. zum Begriff: *Bürgi*, S. 330/31 mit weiteren Hinweisen. *Bosshart*, S. 78, spricht in diesem Zusammenhang von Zwischenentscheiden.

150 Vgl. BVR 1978, S. 160.

151 Das Verwaltungsgericht kann daher nur mit Prozessbeschwerde angerufen werden, wenn es in der (Haupt-)Sache zuständig ist; vgl. VGE Einzelr. Nr. 15827 vom 24. Oktober 1978 i. S. Stauffer; siehe auch *Bosshart*, S. 80.

152 VGE Nr. 13863 vom 8. Februar 1965 i. S. EG Worb; *Bürgi*, S. 329/30.

Behörde, also z. B. auch für prozessuale Anordnungen des Präsidenten des Verwaltungsgerichts in seiner Funktion als Instruktionsrichter. Dieser Interpretation ist nicht zu folgen. Im Gesetzesantrag des Regierungsrates vom 19. August 1960 zh. des Grossen Rates umfasste der Artikel 80 bloss zwei Absätze, nämlich die heutigen Absätze 1 und 3. In der grossrätlichen Kommissionssitzung vom 18. Januar 1961 stellte alsdann Grossrat Dr. Schorer den Antrag, in den Absatz 1 die Ausnahmebestimmung betreffend prozessleitende Verfügungen des Instruktionsrichters eines Kollegialorgans aufzunehmen. Die Gliederung des Artikels 80 in drei Absätze (der Antrag Dr. Schorer wurde zum selbständigen Absatz 2) erscheint erstmals im gemeinsamen Gesetzesantrag des Regierungsrates und der vorberatenden Kommission des Grossen Rates. In dieser Form passierte Artikel 80 die beiden grossrätlichen Lesungen diskussionslos. — Die selbständige Stellung des Absatzes 2 von Artikel 80 VRPG ist damit relativiert. Er darf nicht losgelöst von Absatz 1 gelesen werden, zumal er eine — sachlich fragwürdige — Ausnahmeregelung im Zuständigkeitssystem darstellt. Bezieht sich Absatz 2 von Artikel 80 VRPG aber auf Absatz 1 und damit auf prozessleitende Verfügungen *unterer* Verwaltungsjustizbehörden, so ist für das Institut Prozessbeschwerde kein Raum mehr, wenn eine Streitsache bei der kantonal letztinstanzlich urteilenden Behörde hängig ist[153]. Mit andern Worten: Prozessleitende Verfügungen des verwaltungsgerichtlichen Instruktionsrichters unterliegen der Prozessbeschwerde so wenig wie prozessleitende Anordnungen der vollamtlichen Mitglieder des Verwaltungsgerichts in ihrer Funktion als Einzelrichter gemäss Art. 22 VRPG.

Art. 80 Abs. 1 VRPG nennt drei Beschwerdegründe. *Klaus Bürgi*[154] wies gestützt auf die Entstehungsgeschichte des hier interessierenden Rechtsmittels einleuchtend nach, dass die Prozessbeschwerde mit der Revision des VRPG im Jahre 1961 ihre Funktion als Instrument im Rahmen der disziplinarischen Ver-

[153] Hievon machte der Gesetzgeber freilich selber eine Ausnahme im Zusammenhang mit der Verweigerung oder dem Entzug des Rechts auf unentgeltliche Prozessführung (Art. 88 Abs. 6 VRPG). Auf Stufe Verwaltungsgericht müsste die zuständige Kammer unter dem Vorsitz des Stellvertreters des Kammerpräsidenten über die Prozessbeschwerde befinden. Die staatsrechtliche Beschwerde steht erst gegen den Kammerentscheid offen, da Art. 87 OG Letztinstanzlichkeit verlangt.

[154] S. 326, S. 334 Ziff. 3.2.3. und S. 347 Ziff. 8.4.

antwortlichkeit eingebüsst hat und die Beschwerde wegen: «ungebührlicher Behandlung der Parteien oder dritter Personen im Verfahren» mangels eines Anfechtungsobjektes[155] ohne jede Bedeutung ist. Damit bleiben als rügbare Gründe gegen prozessleitende Verfügungen unterer Verwaltungsjustizbehörden nur mehr:

— die Verzögerung oder Verweigerung einer gesetzlichen Rechtshilfe bzw. die Bewilligung einer gesetzwidrigen Rechtshilfe, was insgesamt praktisch mit der formellen Rechtsverweigerung im Sinne von Art. 4 BV gleichgesetzt werden kann[156], und

— die Formverletzung, die im Nichtbeachten von Verfahrensvorschriften oder elementaren Verfahrensgrundsätzen besteht[157].

Liegt eine Verfügung (Entscheid) einer untern Verwaltungsjustizbehörde vor, so lassen sich die genannten Rügen auch mit den ordentlichen Rechtsmitteln Beschwerde, Weiterziehung, Rekurs und Verwaltungsgerichtsbeschwerde geltend machen[158]. Es besteht kein Grund, diese Rechtsmittel bloss gegen Endentscheide zuzulassen, sie aber gegen prozessleitende Verfügungen (Zwischenentscheide), die einen nicht wiedergutzumachenden Nachteil bewirken[159], auszuschliessen[160]. Der Regierungsrat hat

155 Ein solches liegt nach *Klaus Bürgi*, S. 348, aber dann vor, wenn sich die ungebührliche Behandlung in einer anfechtbaren Verfügung (Ordnungsstrafe im Sinne von Art. 30 Abs. 2 VRPG) niederschlägt. Indessen ist fraglich, ob eine Ordnungsstrafe der urteilenden Behörde als prozessleitende Verfügung qualifiziert werden darf und ob die Prozessbeschwerde das geeignete Rechtsmittel darstellt. Jedenfalls ist davon auszugehen, dass Ordnungsstrafen, die von kantonal letztinstanzlich urteilenden Behörden verhängt werden, bestenfalls noch mit der staatsrechtlichen Beschwerde angefochten werden können.

156 Vgl. *Bürgi*, S. 334 ff, der bloss bei prozessleitenden Verfügungen im Zusammenhang mit der Beiladung bzw. dem Entzug der aufschiebenden Wirkung in der Bestimmung von Art. 80 VRPG einen über die formelle Rechtsverweigerung gemäss Art. 4 BV hinausgehenden Beschwerdegrund sieht.

157 Vgl. *Bürgi*, S. 339.

158 Vgl. hievor die Ziffern 2.3., 2.4., 2.5. und 2.6.

159 Vgl. dazu *Peter Ludwig*, Endentscheid, Zwischenentscheid und Letztinstanzlichkeit im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren, in: ZBJV 110/1974, S. 161 ff insbes. S. 178 ff; vgl. auch Art. 45 VwG.

160 Jedenfalls steht solchem der Wortlaut der jeweils massgebenden Bestimmungen nicht entgegen; vgl. für die Beschwerde Art. 32 VRPG; für die Weiterziehung Art. 70 VRPG; für den Rekurs z. B. Art. 143 StG; für die Verwaltungsgerichtsbeschwerde Art. 15 und 16 VRPG.

diesen Schritt bereits vollzogen für die Baubeschwerde gemäss Art. 57 Abs. 2 BauG[161]. Mit Blick auf die Rüge der formellen Rechtsverweigerung kommt als allgemeiner verwaltungsprozessualer Grundsatz hinzu, dass als Verfügung (Entscheid) auch das unrechtmässige Verweigern oder Verzögern einer Verfügung gilt[162] und somit das in der Sache zulässige Rechtsmittel fristungebunden eingelegt werden kann. Bieten aber nach dieser Betrachtungsweise bereits die ordentlichen Rechtsmittel die Möglichkeit, gravierende prozessuale Fehlleistungen in einem separaten Verfahren durch die in der Hauptsache zuständige obere Instanz zu beseitigen[163], so stellt sich nicht nur de lege ferenda[164] die Frage nach der *Existenzberechtigung der Prozessbeschwerde.* Schon de lege lata muss ernsthaft in Zweifel gezogen werden, ob der Gesetzgeber, als er sich anlässlich der Revision des VRPG im Jahre 1961 von der Prozessbeschwerde mit Disziplinarfunktion löste[165], tatsächlich beabsichtigte, *jede* prozessleitende Verfügung zum potentiellen Anfechtungsobjekt eines separaten Verfahrens zu machen. Im wohlverstandenen Interesse eines geordneten und effizienten Verwaltungsprozesses müsste daher schon heute der in Art. 80 VRPG verwendete Begriff «prozessleitende Verfügung» einschränkend, d. h. in Richtung «prozessualer Vorkehr mit nicht wiedergutzumachendem Nachteil» ausgelegt werden.

[161] BVR 1978, S. 276 und neuestens — bezogen auf das mit der Planungseinsprache nach Art. 56 BauG eingeleitete Verfahren — BVR 1979, S. 229 ff. Vgl. dazu hinten Ziffer 3.1.3.

[162] Für das Bundesrecht: Art. 70 VwG bzw. Art. 97 Abs. 2 i. V. mit Art. 106 Abs. 2 OG. Im VRPG ist, bezogen auf die ordentlichen Rechtsmittel, die Rechtsverweigerung als Rügegrund nur bei der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ausdrücklich erwähnt; indessen muss dieser Rügegrund vernünftigerweise auch den übrigen ordentlichen Rechtsmitteln (Beschwerde, Weiterziehung, Rekurs) zugeordnet werden. Vgl. zum Problem auch *Imboden/Rhinow*, Nr. 80 B II und Nr. 35 B IV 2e; *Gygi*, S. 67 f; VPB 38/1974 Nr. 26.

[163] Diesem Vorgehen ist — nicht anders als bei der Prozessbeschwerde — der (vollstreckungsrechtliche) Nachteil eigen, dass gegebenenfalls anstelle der Aufsichtsbehörde die Rechtsmittelinstanz die «untätige» Behörde dazu verhalten muss, eine Verfügung zu treffen.

[164] Vgl. *Bürgi*, S. 352.

[165] Vgl. *Bürgi*, S. 326.

2.7.2. *Gemeindebeschwerde*

Die Gemeindebeschwerde richtet sich gemäss Art. 57 Abs. 1 GG gegen Beschlüsse, Verfügungen und Wahlen der Gemeindeorgane. Nebst Verfügungen im Rechtssinne, zu denen auch Wahlakte gehören[166], haben weiter als Anfechtungsobjekte der Gemeindebeschwerde Reglementsbeschlüsse (aber nur für Rügen formell-rechtlicher Art[167]) und politisch-demokratisch gefasste Sachbeschlüsse[168] zu gelten. Dass der Begriff «Beschluss» auch Verwaltungsanweisungen, also Verwaltungsinterna, abdeckt, kann wohl kaum die Meinung des Gesetzgebers gewesen sein[169].

Zur Gemeindebeschwerde ist gemäss Art. 59 Abs. 1 GG befugt, wer ein schutzwürdiges eigenes Interesse an der Anfechtung hat. Diese Umschreibung entspricht den Anforderungen des Anfechtungsstreitverfahrens[170]. Sie lehnt sich an Art. 16 Abs. 1 VRPG an[171]. In Absatz 2 von Artikel 59 GG wird die Beschwerdebefugnis jedoch beträchtlich erweitert. Danach ist jede in der Gemeinde stimmberechtigte Person zur Gemeindebeschwerde gegen Wahlen, Beschlüsse und Verfügungen legitimiert, wenn letztere die allgemeinen Interessen der Gemeinde berühren. Die Rechtsprechung hat bisher, soweit ersichtlich, keine handfesten Kriterien herausgearbeitet, wann bei Beschlüssen oder Verfügungen allgemeine Interessen der Gemeinde mit im Spiele sind und wann nicht. Zwar hat der Regierungsrat unlängst erkannt[172], unter dem Gesichtswinkel von Art. 59 Abs. 2 GG genüge es zur Bejahung der Beschwerdebefugnis, wenn der angefochtene Beschluss Auswirkungen auf die Gemeindefinanzen habe. Damit ist aber in der Praxis für die Eingrenzung der allge-

166 Vgl. *Imboden/Rhinow*, Nr. 35 B IIIe, mit weiteren Hinweisen.

167 Rügen materiell-rechtlicher Art sind mittels Einsprache im Genehmigungsverfahren geltend zu machen (vgl. Art. 29 ff GV).

168 Vgl. als Beispiel BVR 1978, S. 277 ff.

169 Der Begriff «Beschluss» ist rechtstheoretisch unbestimmt. Namentlich können auch Verfügungen im Rechtssinne auf dem «Beschlusswege» getroffen werden (z. B. Ablösungs- oder Verlegungsverfügungen im Sinne von Art. 83 BauG durch den Gemeinderat). Formal sagt der Begriff aus, dass der Entscheid durch eine Mehrzahl von Personen gefasst wurde.

170 Vgl. auch Ziffer 1.3.2.3. hievor.

171 Vgl. den Vortrag der Gemeindedirektion an den Regierungsrat zuhanden des Grossen Rates, Tagblatt 1972, Beilage Nr. 17, Bemerkungen zu Art. 58 und 59 GG.

172 BVR 1978, S. 283 Erw. 3.

mein gehaltenen Gesetzesbestimmung wenig gewonnen; denn Beschlüsse ohne jede Auswirkung auf die Gemeindefinanzen dürften äusserst selten sein, wenn man von rein formellen Streitpunkten um den Ablauf einer Gemeindeversammlung absieht[173]. Im übrigen hat es der Regierungsrat im eben zitierten Entscheid ausdrücklich abgelehnt, die vom Gesetzgeber offenbar bewusst weit gefasste Bestimmung von Art. 59 Abs. 2 GG eng auszulegen. Damit ist der Schritt zur — freilich auf die Stimmberechtigten beschränkten — Popularbeschwerde nicht mehr weit. — Auf die in Art. 63 Abs. 2 GG vorgesehene eigenartige Erweiterung der Beschwerdebefugnis *während* des Instanzenzuges wurde bereits hingewiesen[174].

Aus dem Gesagten erhellt, dass die Gemeindebeschwerde nicht nur den individuellen Rechtsschutz des durch eine Verfügung konkret Betroffenen im Auge hat. Die Gemeindebeschwerde öffnet vielmehr auch den Weg, um politisch-demokratisch gefasste Beschlüsse auf ihre Rechtmässigkeit hin zu überprüfen[175]. Damit wird sie zu einem Instrument der *staatlichen Verbandsaufsicht*. Im Bereich der kommunalen Wahl- und Abstimmungssachen erfüllt die Gemeindebeschwerde schliesslich die gleiche Funktion wie die staatsrechtliche Beschwerde gemäss Art. 85 lit. a OG[176].

Die Gemeindebeschwerde führt zur Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG[177], mit welcher Bestimmung die in Art. 58 GG aufgezählten Beschwerdegründe bis auf die Rechtsverweigerung übereinstimmen. Dass letztere in der Aufzählung im GG fehlt, vermag den Umfang der Überprüfungsbefugnis nicht zu beeinflussen; denn die Rüge der Rechtsverweigerung geht in derjenigen der Rechtsverletzung auf[178]. Die Überprüfungsbefugnis bleibt für Verfahren, an deren Anfang eine Gemeindebeschwerde steht, während des gesamten Instanzenzu-

173 Vgl. BVR 1978, S. 356 Erw. 1 (Einberufung der Gemeindeversammlung, unvollständige Traktandenliste) und demgegenüber BVR 1977, S. 53 Erw. 1 a, wo der Regierungsrat erkannt hat, die blosse Entgegennahme einer Motion durch den Stadtratspräsidenten berühre keine allgemeinen Interessen der Gemeinde im Sinne von Art. 59 Abs. 2 GG.

174 Vgl. Ziffer 1.3.2.3. hievor.

175 BVR 1978, S. 284.

176 Vgl. dazu *Hans Marti*, Die staatsrechtliche Beschwerde, 3. Aufl., S. 40 f.

177 Vgl. Ziffer 1.3.2.6. hievor.

178 So auch die Kantonale Baudirektion in ihrer Ansichtsäusserung in BVR 1976, S. 387.

ges die gleiche. Für den zweitinstanzlich nach dem Regierungsstatthalter urteilenden Regierungsrat wird die Überprüfungsbefugnis durch die Weiterziehung gemäss Art. 63 GG i. V. mit Art. 70 VRPG bestimmt[179]; in jenen Fällen, in denen anschliessend noch eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich ist, ergibt sich die Rechtskontrolle aus Art. 16 Abs. 2 VRPG.

Die Praxis betont, die Gemeindebeschwerde habe bloss kassatorische Funktion[180]. Das wird in aller Regel zutreffen, doch ist die reformatorische Wirkung der Gemeindebeschwerde nicht völlig ausgeschlossen. Dem stünde Art. 64 GG entgegen, welcher für das Gemeindebeschwerdeverfahren die Bestimmungen des VRPG als ergänzende Vorschriften zum Zuge kommen lässt. Damit ist auch Raum, um Art. 82 Abs. 3 VRPG anzuwenden[181].

Die Gemeindebeschwerde ist gegenüber andern Rechtsmitteln in mehrerlei Hinsicht abzugrenzen. So gehen ihr gemäss Art. 57 Abs. 2 GG *gemeindeinterne* Rechtsmittel (Einsprache, Beschwerde) vor. Nach Absatz 3 von Artikel 57 GG bleiben Vorschriften anderer Gesetze vorbehalten. Sieht ein Sacherlass vor, dass gegen eine Verfügung der Gemeinde beim Regierungsstatthalter oder bei einer kantonalen Direktion Beschwerde geführt werden kann, so wird die Gemeindebeschwerde durch dieses Rechtsmittel verdrängt[182]. Das ist mit Blick auf die Überprüfungsbefugnis nicht unwesentlich, verschafft doch die Beschwerde nach VRPG volle Kognition[183], während die Gemeindebeschwerde bloss zur Rechtskontrolle führt. Es gibt auch Konkurrenzsituationen zwischen der Gemeindebeschwerde und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde[184] oder der Baubeschwerde im Sinne von Art. 57 Abs. 2 BauG[185], wobei die beiden letzteren gegenüber der Ge-

[179] Vgl. oben Ziffer 2.4.1.

[180] BVR 1976, S. 442.

[181] Vgl. Ziffer 2.1. hievor.

[182] Als Beispiele seien angeführt: Art. 62 Abs. 1 BauG; Art. 22 Abs. 1 EG über den Zivilschutz (BSG 521.1); illustrativ ist auch die Gegenüberstellung von Verwaltungsbeschwerde und Gemeindebeschwerde in den Art. 43 und 44 des Gesetzes über die landwirtschaftliche Berufsschule (BSG 915.21); vgl. auch BVR 1979, S. 31 mit Hinweisen.

[183] Vgl. Ziffer 2.3. hievor.

[184] Z. B. Art. 83 Abs. 2 BauG; Art. 84 Abs. 2 SBG; siehe auch BVR 1977, S. 73 im Zusammenhang mit der Kostenverteilung von Detailerschliessungsanlagen.

[185] BVR 1978, S. 276, betreffend Sistierungsverfügungen (Zwischenentscheiden) im Baubewilligungsverfahren; BVR 1979, S. 31.

meindebeschwerde Vorrang haben. Bedeutsam ist schliesslich die Konkurrenz zwischen der Einsprache gegen genehmigungsbedürftige Reglemente bzw. (Finanz-)Beschlüsse gemäss Art. 45 ff GG und der Gemeindebeschwerde. Seit eh und je wird hier von der Subsidiarität der Gemeindebeschwerde gesprochen[186]. Was damit gemeint ist, ergibt sich neuerdings aus der GV. Gemäss Art. 29 GV i. V. mit Art. 31 ff GV sind materielle Einwände gegen genehmigungsbedürftige Beschlüsse im Einspracheverfahren[187] geltend zu machen, während Verfahrensfehler mit der Gemeindebeschwerde zu rügen sind. Werden sowohl materielle wie formelle Rügen erhoben, so bleibt sachgerechterweise das durch die zuständige Direktion zu behandelnde und auch den Entscheid über die Einsprachen mitumfassende Genehmigungsverfahren sistiert, bis der Regierungsstatthalter über die Gemeindebeschwerde geurteilt hat.

Kritisch angemerkt sei schliesslich noch, dass das Gemeindebeschwerdeverfahren zuweilen einen überlangen Instanzenzug aufweist. Das trifft namentlich dann zu, wenn im Anschluss an den regierungsrätlichen Entscheid noch die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offensteht und in Rechnung gestellt wird, dass sich mitunter vor die eigentliche Gemeindebeschwerde an den Regierungsstatthalter noch ein gemeindeinternes Einsprache-(Beschwerde-)verfahren einschieben kann. Es muss bezweifelt werden, dass ein vierstufiger kantonalrechtlicher Instanzenzug den wohlverstandenen Sinn des Anfechtungsstreitverfahrens ausmacht.

Zusammenfassend lässt sich aufgrund dieser summarischen[188] Betrachtung die Gemeindebeschwerde als subsidiäres, ordentliches[189], unvollkommenes, meist kassatorisch wirkendes Rechtsmittel mit Devolutiv- und Suspensiveffekt charakterisieren[190].

186 BVR 1978, 279/80.

187 Vgl. vorn Ziffer 2.2.3.

188 Eingehend mit der Gemeindebeschwerde befasst sich die demnächst erscheinende Berner Dissertation: *Jakob Kilchenmann,* Die Gemeindebeschwerde im bernischen Verwaltungsrecht.

189 Soweit sich die Gemeindebeschwerde überhaupt gegen Verfügungen richtet.

190 Zu diesen Begriffen vgl. Ziffer 2.1. hievor.

3. Das Anfechtungsstreitverfahren in ausgewählten Sachgebieten

3.1. Baupolizei- und Planungsrecht

3.1.1. Baubewilligung (Bauentscheid)

Gemäss Art. 2 BauG dürfen Bauvorhaben nur bewilligt werden, wenn sie den öffentlich-rechtlichen Vorschriften nicht widersprechen. Dabei fallen nebst den Bestimmungen der Baugesetzgebung namentlich Vorschriften aus dem Bereiche des Gewässerschutzes, der Verkehrssicherheit, der Gewerbe- und Fabrikpolizei, des Forstwesens und des Zivilschutzes in Betracht[191]. Im Bauentscheid, der eine Verfügung im Rechtssinne darstellt, wird m. a. W. darüber befunden, ob das Projekt den massgebenden Vorschriften des kommunalen, kantonalen oder allenfalls eidgenössischen Bau- und Planungsrechts entspreche[192]. Man spricht von der *Einheit des Bauentscheids*[193] und meint damit das dreifache Rechtsgebilde bestehend aus: der Baubewilligung (Bauabschlag) im eigentlichen Sinn, den Verfügungen betreffend die in Art. 29 BewD geordneten Materien und den Ausnahmebewilligungen nach Art. 46 bis 48 BauG. Verfügungen aus den beiden letzten Bereichen werden als *unselbständige* Vorentscheide behandelt. Es hängt vom Bauvorhaben ab, ob solche Vorentscheide überhaupt nötig sind.

[191] Vgl. *Zaugg*, N 2 zu Art. 1.

[192] Das bernische Baurecht kennt auch die sog. *generelle Baubewilligung* (Art. 43 BewD). Sie hat nur die Einordnung des Bauwerks in die Umgebung (Lage, äussere Gestaltung) und seine Erschliessung zum Gegenstand. Alle weitern Aspekte des Bauvorhabens werden, sofern die generelle Baubewilligung erteilt wird, für das nachfolgende eigentliche Baubewilligungsverfahren aufgespart. Die erteilte generelle Baubewilligung ist für die Baubewilligungsbehörde verbindlich, sofern das eigentliche Baugesuch innerhalb von 6 Monaten seit Erteilung der generellen Baubewilligung eingereicht wird. Der Entscheid über ein generelles Baugesuch unterliegt wie ein ordentlicher Bauentscheid der Baubeschwerde an den Regierungsrat (vgl. RRB 2204/75).

[193] Vgl. BVR 1977, S. 94 und 95 mit Hinweisen.

Nach Art. 33 Abs. 2 lit. e BewD müssen im Bauentscheid ferner u. a. die «besondern Bewilligungen» gemäss Art. 42 BewD bezeichnet werden. Sie erscheinen im Lichte von Art. 2 lit. b BewD als Voraussetzungen zum Bau*beginn*. Der rechtliche und verfahrensmässige Zusammenhang zwischen diesen besondern Bewilligungen und der eigentlichen Baubewilligung bzw. den zu dieser gehörenden Vorentscheiden springt nicht gleich in die Augen. Dies um so weniger, als die KGV in Art. 58 Abs. 2 i. V. mit Art. 60 Abs. 2 bestimmt, dass ohne die im Katalog von Art. 42 BewD mitenthaltene Gewässerschutzbewilligung die Baubewilligung nicht erteilt werden dürfe und der Entscheid über die Gewässerschutzbewilligung zusammen mit dem Bauentscheid zu eröffnen sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit wird zudem in der Verwaltungspraxis dem Baugesuch ohne Vorliegen der besondern Bewilligungen im Sinne von Art. 42 BewD nicht entsprochen, es sei denn, die besondern Bewilligungen seien mit Sicherheit erhältlich[194]. Der Bauentscheid koordiniert m. a. W. alle Fragen öffentlich-rechtlicher Art, die das Bauvorhaben aufwirft, und beantwortet sie aus der Sicht des Bauwilligen faktisch auch. In der Praxis wird damit die sog. Einheit des Bauentscheids erweitert, indem sich die besondern Bewilligungen von Voraussetzungen des Bau*beginns* zu solchen der Bau*bewilligung* gewandelt haben[195]. Verfahrensmässig sind die besondern Bewilligungen indessen eigenständig geblieben; zum Teil folgen sie auch einem eigenen Rechtsmittelweg (so z. B. die Bewilligungen betr. den Waldabstand[196]).

Der Bauentscheid unterliegt gemäss Art. 57 Abs. 2 BauG der Baubeschwerde an den Regierungsrat, und zwar unabhängig davon, ob der Entscheid durch den Regierungsstatthalter oder durch ein Gemeindeorgan als Baubewilligungsbehörde gefällt worden ist. Die Beschwerdebefugnis hat in Art. 35 Abs. 3 BewD eine eingehende Regelung erfahren; hervorzuheben sind die ausdrücklich vorgesehene Beschwerdebefugnis der Gemeinde — sie ist durch das Bauvorhaben stets berührt — und das institutionalisierte Beschwerderecht der Direktionen des Regierungsrats, soweit deren Anträgen nicht entsprochen worden ist (Behörden-

[194] Vgl. *Zaugg*, N 3 zu Art. 1.
[195] Vgl. BVR 1977, S. 95 Erw. 3.
[196] Art. 62 Abs 1 ForstG.

beschwerde)[197]. Das regierungsrätliche Erkenntnis kann alsdann mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden[198].

Das Baubewilligungsverfahren ist wegen der Vielzahl der zu behandelnden Probleme eine langwierige Sache. Wird das Baugesuch abschlägig beantwortet und der Entscheid durch den Bauwilligen selber angefochten oder wird die erteilte Baubewilligung von Dritten bestritten, so bedarf es auf seiten des Baugesuchstellers erfahrungsgemäss einiger Geduld, bis ein rechtskräftiger Bauentscheid vorliegt. In den seit dem 1. Januar 1971 beim Verwaltungsgericht anhängig gemachten Beschwerden betreffend Baubewilligungsstreite dauerte es von der Einreichung des Baugesuchs bis zur Eröffnung des schriftlich begründeten Verwaltungsgerichtsentscheids durchschnittlich 36,2 Monate. Weitere Abklärungen haben ergeben, dass die erste Phase des Baubewilligungsverfahrens, d. h. die Zeitspanne zwischen der Baugesuchseinreichung und dem erstinstanzlichen Bauentscheid, relativ kurz ist. Sie beansprucht durchschnittlich 4,1 Monate[199]. Um auch umstrittene Baugesuche innert einer zumutbaren Frist zum endgültigen Entscheid zu bringen, muss demnach der Hebel beim *Rechtsmittelverfahren* angesetzt werden. Der Beschwerdeweg ist zu straffen. Folgendes Modell wäre denkbar:

— Durchführung des Gesuchsverfahrens wie bisher (vorläufige Prüfung der Baueingabe, Publikation, Einspracheverhandlung, Weiterleitung an die Baubewilligungsbehörde).

— Die Baubewilligungsbehörde veranlasst bzw. sammelt die «Spezialbewilligungen und -verfügungen» (Ausnahmebewilligung im Sinne von Art. 46 bis 48 BauG, selbständige Verfügungen im Sinne von Art. 29 BewD, besondere Bewilligungen im Sinne von Art. 42 BewD).

— Die Baubewilligungsbehörde *eröffnet* diese Spezialbewilligungen gleichzeitig allen Beteiligten und setzt damit eine 30-tägige Frist zur *Verwaltungsgerichtsbeschwerde* gegen diese Spezialbewilligung in Gang.

197 Vgl. Ziffer 1.3.2.3. hievor.

198 Art. 57 Abs. 3 BauG i. V. mit Art. 15 Ziffer 2 lit. b VRPG.

199 Untersucht wurden insgesamt 855 Baugesuche aus den Regierungsstatthalterämtern Bern, Nidau, Niedersimmental, Thun und Trachselwald sowie dem Stadtbauamt Burgdorf und dem Bauinspektorat der Stadt Bern.

— Wird eine oder werden mehrere dieser Spezialbewilligungen angefochten, so bleibt das eigentliche Baugesuchsverfahren vor der Baubewilligungsbehörde von Gesetzes wegen sistiert, bis über Bestand oder Nichtbestand der angefochtenen Spezialbewilligung rechtskräftig entschieden ist.

— Steht fest, dass eine dieser Spezialbewilligungen rechtskräftig verweigert worden ist — sei es, dass die Verweigerung nicht angefochten und das Baugesuch nicht zurückgezogen worden ist, sei es, dass die Rechtsmittelinstanz die Spezialbewilligung verweigert hat — , so zieht dies von Gesetzes wegen den Bauabschlag nach sich; die Baubewilligungsbehörde hätte im wieder aufgenommenen Bewilligungsverfahren einzig noch den Bauabschlag förmlich festzustellen und die Kosten des Baugesuchsverfahrens zu liquidieren.

— Anders, wenn alle Spezialbewilligungen rechtskräftig erteilt sind: Diesfalls hat die Baubewilligungsbehörde das Baugesuch unter den bisher noch nicht geprüften baupolizeilichen Aspekten zu behandeln und den Bauentscheid (Baubewilligung oder Bauabschlag) zu fällen.

— Dieser Bauentscheid unterliegt der (Bau-)Beschwerde an eine verwaltungsinterne Instanz (Regierungsrat oder Baudirektion); anschliessend steht die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen.

Das eben entwickelte Modell bricht mit der (erweiterten) Einheit des Bauentscheids. Es macht nicht mehr das gesamte Verfügungskonglomerat zum Gegenstand eines mehrstufigen Rechtsmittelverfahrens. Vielmehr schafft es die Möglichkeit, vorweg einzelne umstrittene Verfügungen, von deren Bestand oder Nichtbestand die Realisation des Bauvorhabens abhängt, in einem gemeinsamen Rechtsmittelverfahren überprüfen zu lassen. Nebst der inhaltlichen Beschränkung des Rechtsmittelverfahrens rechtfertigt sich dabei, in dieser ersten Phase den Instanzenzug *einstufig* und verwaltungsextern zu führen; denn die oben genannten Spezialbewilligungen gehen grundsätzlich von den *Fachdirektionen*[200] aus, so dass die massgebende kantonale Fachmeinung

[200] Die in Art. 65 Abs. 2 lit. a KGV enthaltene Bestimmung, wonach die VEWD (und nicht das WEA) zu entscheiden hat, wenn ein Gesuch um eine Gewässerschutzbewilligung *verweigert* werden soll, erscheint als zweckmässig; sie führt direktionsintern für offenbar umstrittene Fälle

Eingang in die Verfügung gefunden hat. Im übrigen stehen ohnehin regelmässig Rechtsfragen[201] zur Prüfung an, weshalb die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als taugliches Rechtsmittel erscheint[202]. Hinzu kommt, dass für die wohl nur selten mehr nötig werdende zweite Rechtsmittelphase, also bei der Anfechtung des eigentlichen Bauentscheids, *verwaltungsintern* die kantonale Baudirektion als Fachbehörde zur Prüfung der baupolizeilichen Einwände zur Verfügung steht. Im heutigen, auf der Einheit des Bauentscheids beruhenden Rechtsmittelverfahren fällt die kantonale Baudirektion häufig als instruierende Direktion aus, weil sie in irgendeiner Weise am Bauentscheid mitgewirkt hat. Ferner bereinigt das vorgeschlagene Modell die mit der Einheit des Bauentscheids verbundene, systematisch kaum befriedigende Situation, wonach die Baubewilligungsbehörde formell einen fremden Entscheid (z. B. die Verweigerung einer Ausnahmebewilligung gemäss Art. 24 BauG durch die kantonale Baudirektion) zu ihrem eigenen Entscheid machen muss. Nur so entsteht ja nach geltendem Recht ein Anfechtungsobjekt. Schliesslich ist dem aufgezeigten, veränderten Verlauf des Bau-

rechtsmittelähnlich zu einer vertieften Abklärung. — Würde hingegen im Rahmen des eben entwickelten Modells durch den Verfügungsadressaten (z. B. wegen unzweckmässiger Auflagen oder Bedingungen) oder von dritter Seite gegen eine vom WEA *erteilte* Bewilligung Verwaltungsgerichtsbeschwerde geführt, so müsste der VEWD die Möglichkeit offenstehen, bis zu ihrer Vernehmlassung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren die Verfügung des WEA in Wiedererwägung zu ziehen. Insoweit würde die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gegenstandslos.

201 Namentlich gilt die Prüfung der Voraussetzungen zur Gewährung einer Ausnahme (meist sind sog. unbestimmte Gesetzesbegriffe zu konkretisieren) als Rechtsfrage: vgl. *Zaugg*, N 2 lit. c Vorbem. zu Art. 46—50; VGE Nr. 15458 vom 6. September 1976 i. S. P. Kohler, Erw. 3. Zur allfälligen Erweiterung der Überprüfungsbefugnis von Bundesrechts wegen (z. B. wegen Art. 10 GSchG) kann auf das in Ziffer 1.3.2.6. hievor Gesagte verwiesen werden. Sollten in den hier interessierenden Spezialbewilligungen vereinzelt auch Ermessensentscheide enthalten sein, überprüfte das Verwaltungsgericht immerhin, ob diese rechtsfehlerfrei ergangen seien (vgl. Ziffer 2.6. hievor).

202 Vgl. Ziffer 2.6. hievor.

bewilligungsverfahrens der Vorzug eigen, dass die Baubewilligungsbehörde baupolizeiliche Aspekte des Projekts nur dann prüft, wenn diese für den Ausgang des Verfahrens tatsächlich auch von Bedeutung sind[203]. M. E. führte dieser modifizierte Rechtsmittelweg dank teilweise verkürztem Instanzenzug mit generell inhaltlich beschränktem Streitgegenstand rascher zum Ziel als das bisherige Baubeschwerdeverfahren, welches einen oftmals kaum überblickbaren Streitgegenstand aufweist und vielfältige, entscheidirrelevante Problemkreise mit sich schleppt.

3.1.2. Wiederherstellung des rechtsmässigen Zustandes

Es gehört zu den gesetzlichen Aufgaben[204] der kommunalen Baupolizeibehörde, gegen widerrechtliche und ordnungswidrige Bauten und Anlagen einzuschreiten. Insoweit ist nach Art. 61 BauG zunächst eine Baueinstellungsverfügung zu erlassen. Dort, wo der baurechtswidrige Zustand nicht durch eine nachträgliche (Ausnahme-)Bewilligung behoben werden kann, hat die Baupolizeibehörde gemäss Abs. 2 der zitierten Vorschrift die Beseitigung oder Abänderung der widerrechtlich erstellten Bauten oder Bauteile anzuordnen (sog. Schleifungsverfügung); dem Betroffenen ist dabei eine angemessene Frist zur Vornahme dieser Arbeiten anzusetzen und für den Weigerungsfall die Ersatzvornahme anzudrohen[205]. Schleifungsverfügungen unterliegen gemäss Art. 62 Abs. 1 BauG der Beschwerde an den Regierungsstatthalter, und dessen Entscheid ist nach dem Gesetzeswortlaut «an das Verwaltungsgericht weiterziehbar». Dass mit letzterem nicht eine Weiterziehung im Sinne von Art. 70 ff VRPG gemeint sein kann, sondern bloss die Verwaltungsgerichtsbeschwerde als taugliches

[203] Während des Rechtsmittelverfahrens bezüglich der Spezialbewilligungen steht es dem Baugesuchsteller selbstverständlich frei, mit Blick auf den Bauentscheid diejenigen Vorkehren zu treffen, die ihm geeignet scheinen, um die im Einspracheverfahren gegen sein Baugesuch erhobenen baupolizeilichen Einwände zu entkräften.

[204] Art. 59 ff BauG.

[205] Vgl. zur Problematik der Schleifungsverfügung im Lichte des Verfassungsgrundsatzes der Verhältnismässigkeit: *Ulrich Zimmerli*, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, ZSR 97/1978, S. 105 ff mit zahlreichen Hinweisen zu Literatur und Rechtsprechung.

Rechtsmittel in Frage kommt, wurde bereits in Ziff. 2.4.3. hievor dargelegt. Es kann auf das dort Gesagte verwiesen werden.

Nach Art. 63 Abs. 3 BauG beurteilt der Regierungsstatthalter unter Vorbehalt der Weiterziehung an die Kant. Baudirektion Streitigkeiten über die *Durchführung* der Ersatzvornahme. Als Streitgegenstand dieses Verfahrens fallen nur zwei Rechtsbehauptungen in Betracht: erstens, es fehlten die rechtlichen Voraussetzungen zur Ersatzvornahme, weil die zu vollziehende Verfügung (noch) nicht rechtskräftig oder aber nichtig sei, und zweitens, die konkrete Anordnung zur Ersatzvornahme sei unzweckmässig bzw. durch die zu vollziehende Verfügung nicht gedeckt (Ersatzvornahmeexzess)[206]. Alle andern Rügen sind unzulässig; namentlich sind Vorbringen gegen den Inhalt der zu vollstreckenden Verfügung ausgeschlossen[207], und über Kostenstreitigkeiten aus der Ersatzvornahme entscheidet gemäss Art. 92 Abs. 1 VRPG das Verwaltungsgericht auf Klage hin[208]. — Anfechtungsobjekt dieses Beschwerdeverfahrens ist eine Verfügung, in welcher die zuständige Behörde (sinngemäss) feststellt, die angesetzte Frist zur Wiederherstellung des rechtmässigen Zustandes sei unbenützt abgelaufen, weshalb am Tage X zur Ersatzvornahme geschritten werde. Weiter werden die einzelnen Ersatzvornahmehandlungen je nach den konkreten Umständen unterschiedlich detailliert festzusetzen sein. Mit andern Worten: in dieser Verfügung sind die Modalitäten der Vollstreckung zu bestimmen[209]. — Beschwerden gegen solche Verfügungen eignet aufschiebende Wirkung. Tritt bei der Durchführung der Ersatzvornahme ein sog. Ersatzvornahmeexzess zutage, so kann sich der Betroffene auch in diesem Zeitpunkt noch gegen die (Festsetzungs-)Verfügung wehren. Dabei kommt ihm das Instrument der (superprovisorischen) vorsorglichen Massnahme im Sinne von Art. 60 ff VRPG zustatten. — Der Beschwerdeweg verläuft über den Regierungsstatthalter zur Baudirektion und von da — nach der Praxis und in Einklang mit Art. 14 Abs. 1 VRPG — an

206 Gegen die im Rahmen einer Ersatzvornahmeanordnung ins Auge gefasste Sprengung eines Fabrikkamins könnte z. B. eingewendet werden, das Kamin sei nicht zu sprengen, sondern maschinell abzubrechen.

207 Vgl. *Zaugg*, N 2 zu Art. 63.

208 BVR 1977, S. 27 ff.

209 Vgl. dazu *Heinrich Andreas Müller*, Der Verwaltungszwang, Diss. Zürich 1976, S. 10 f.

den Regierungsrat[210]. Dass diese doppelte Weiterziehung sachgemäss ist, darf mit Fug bezweifelt werden. Besser schiene, die Baudirektion endgültig entscheiden zu lassen, wie dies ursprünglich auch vorgesehen war. Der in Art. 63 Abs. 3 BauG enthaltene Nachsatz, die Baudirektion entscheide endgültig, wurde erst anlässlich der zweiten Lesung des Baugesetzes im Grossen Rat ohne einleuchtende Begründung gestrichen[211].

Hier ist schliesslich auch noch auf Art. 84 Abs. 2 SBG einzugehen. Danach sind Verfügungen wegen Nichterfüllung der Strassenbau- und Strassenunterhaltspflicht beim Regierungsrat, die andern Vollstreckungsverfügungen beim Verwaltungsgericht anzufechten. Unter diese «anderen Vollstreckungsverfügungen» fällt z. B. die Anordnung, eine Einfriedigung entlang einer öffentlichen Strasse auf das gesetzlich erlaubte Höchstmass zu reduzieren. — Man kann sich fragen, weshalb das Verwaltungsgericht in dieser Beschwerdematerie als erste und einzige Instanz eingesetzt worden ist, zumal mit diesem Rechtsmittelweg «nur» die Rechtskontrolle und nicht, wie das Verwaltungsgericht zu Unrecht erkannte[212], «freie Überprüfung der Streitsache» möglich ist. Der Sache angemessener schiene, ein Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsstatthalter einzurichten und dessen Entscheid der Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts zu unterwerfen.

3.1.3. Planungsrecht

Das Baugesetz macht in Art. 14 den Gemeinden die Ortsplanung zur Pflicht. Aufbauend auf Richtplänen gelten Baureglement und Zonenplan als bau- und planungsrechtliche Grundordnung, die ergänzt und spezifiziert wird durch Überbauungspläne, Gestaltungspläne, Strassenpläne, Sonderbauvorschriften und Detailer-

[210] BVR 1977, S. 133 ff.

[211] Tagblatt des Grossen Rates 1970, S. 105, Votum des Kommissionspräsidenten Hubacher. Vgl. in diesem Zusammenhang im übrigen auch den anders verlaufenden Instanzenzug gemäss Art. 84 Abs. 3 SBG, wonach Streitigkeiten über die Durchführung der Ersatzvornahme, unter Vorbehalt der Weiterziehung an den Regierungsrat, der Regierungsstatthalter entscheidet.

[212] VGE Nr. 15468 vom 28. März 1977 i. S. Inter-Gros; siehe auch oben Anm. 57.

schliessungspläne[213]. Dass sich um Inhalt und Bedeutung dieser allgemeinverbindlichen Regelungen ein riesiger Problemkeis öffnet, ist ohne weiteres klar. Hier kann nur der Frage nachgegangen werden, welche Wege das Verfahrensrecht dem individuell Betroffenen weist, um seine Einwände gegen die genannten kommunalen Planungsvorschriften zu artikulieren und durchzusetzen.

Es ist bereits ausgeführt worden[214], dass der *Einstieg* zur Kritik an den ins Auge gefassten Planungsmassnahmen über die *Einsprache* im Planungsverfahren erfolgt[215].

Alle diese Planungsvorschriften unterliegen zudem der konstitutiv wirkenden Genehmigung durch die kantonale Baudirektion[216], wobei die Gesetzmässigkeit, das Vorhandensein des öffentlichen Interesses an der Massnahme und deren Zweckmässigkeit überprüft werden. Die Genehmigungsbehörde sucht dabei freilich nicht selber nach bessern Lösungen, d. h. sie setzt nicht ihr Ermessen an die Stelle desjenigen der Gemeindebehörden. Vielmehr beschränkt sie sich darauf, zu prüfen, ob sich der Ermessenentscheid der Gemeindebehörde mit vernünftigen Gründen halten lasse, also vertretbar sei[217]. Im Genehmigungsbeschluss ist auch über bisher unerledigte Einsprachen zu befinden. Wird eine Einsprache gutgeheissen, so führt das zu einer entsprechenden Änderung des Genehmigungsgegenstandes[218]. Unbegründete Einsprachen werden abgewiesen. Der Genehmigungsbeschluss wie auch der Entscheid über die Einsprache stellen taugliche Anfechtungsobjekte dar und unterliegen daher der Beschwerde an den Regierungsrat[219]. Im Falle der Nichtge-

213 Art. 13 BauG; vgl. auch *Zaugg*, Vorbem. zu Art. 13—40 und Art. 70 bis 85; ferner zum Überbauungsplan: *Samuel Keller*, Gegenstände und Wirkungen des kommunalen Überbauungsplanes, in: BVR 1978, S. 89 ff; zum Detailerschliessungsplan: *Zaugg*, Detailerschliessung, S. 417 ff.

214 Vorn Ziffer 2.2.3.

215 Vgl. Art. 42 BauG.

216 Art. 44 BauG.

217 Vgl. *Zaugg*, NN 2—5 zu Art. 44.

218 *Zaugg*, N 5 zu Art. 44.

219 Vielfach wird das hier interessierende Rechtsmittel als Weiterziehung bezeichnet: vgl. z. B. BVR 1977, S. 161; MBVR 73/1975, S. 459. Die Weiterziehung fällt indessen ausser Betracht, weil die Kantonale Baudirektion hier nicht als *untere Verwaltungsjustizbehörde* amtet (vgl. Ziffer 2.4.1. hievor).

nehmigung ist die Gemeinde beschwerdebefugt[220]. Es ist denkbar, dass ein Grundeigentümer im Genehmigungsbeschluss durch eine von der Genehmigungsbehörde vorgenommene Änderung erstmals beschwert wird; insoweit müsste auch er befugt sein, im Anschluss an die in Art. 45 Abs. 2 BauG vorgesehene Publikation der genehmigten Vorschrift Beschwerde zu erheben. Bezüglich der Einspracheentscheide ist die Gemeinde zur Beschwerde zuzulassen, soweit Einsprachen gutgeheissen wurden. Selbstverständlich ist auch der abgewiesene Einsprecher zur Beschwerde legitimiert. Diese verschafft dem Regierungsrat volle, d. h. gleiche Kognition wie der Genehmigungsbehörde[221].

Fraglich ist, ob und inwieweit die Beschwerde eines abgewiesenen Einsprechers durch ihren Suspensiveffekt das Inkrafttreten der *genehmigten* Planungsvorschrift hindert[222]. Die Antwort auf diese Frage hängt im wesentlichen davon ab, was aufgrund des Rechtsbegehrens Streitgegenstand der Beschwerde bildet. Betrifft der erhobene Einwand nur die zonenmässige Behandlung einer einzigen Parzelle, so besteht kein Grund, die neue Zonenordnung für den restlichen Teil des Gemeindegebiets nicht in Rechtskraft erwachsen zu lassen. Bereits weitere Kreise zieht die Rüge, eine bestimmte Zone sei rechtswidrig[223]. Hier bewirkt der Suspensiveffekt der Beschwerde eines einzigen Grundeigentümers, dass die ins Auge gefasste Zoneneinteilung vorläufig auch für die Grundstücke anderer Eigentümer nicht gilt, wiewohl diese mit der neuen Zonenordnung einverstanden wären. Schliesslich ist denkbar, dass im Rahmen eines Überbauungsplanes mit Sonderbauvorschriften die vorgesehene Ausnützungsziffer Streitgegenstand des Beschwerdeverfahrens bildet. Damit ist ein Kernstück der (genehmigten) Planungsvorschrift angefochten, so dass deren Inkraftsetzung sachlich sinnlos wäre. — Diese wenigen Beispiele

[220] Art. 48 GG.

[221] BVR 1977, S. 160 ff, wo sich der Regierungsrat u. a. auch zur Bedeutung des Gebots rechtsgleicher Behandlung bei Planungsmassnahmen ausspricht; vgl. diesbezüglich auch den BGE vom 6. 7. 1977 i. S. EG Bremgarten, publiziert in: BVR 1978, S. 80 ff insbes. Erw. 5 b.

[222] Das kann u. U. deshalb von Bedeutung sein, weil mit Eintritt der Rechtskraft der gesetzliche Sistierungsgrund im Sinne von Art. 55 Abs. 2 lit. a BauG wegfällt.

[223] Als Beispiel vgl. BVR 1978, S. 80 ff: angefochten wurde die Ausscheidung einer «Zone mit speziellen Vorschriften», welche das Bauen nur aufgrund von Gestaltungsplänen mit Sonderbauvorschriften zulässt.

machen deutlich, dass zuweilen nicht einfach zu entscheiden ist, ob trotz Beschwerden gegen gewisse Teile einer genehmigten Planungsvorschrift andere Teile derselben in Kraft gesetzt werden sollen[224].

Die Beschwerdeentscheide des Regierungsrates im Bereiche des Genehmigungsverfahrens von kommunalen Planungsakten sind kantonal letztinstanzlich und daher nur noch mit der staatsrechtlichen Beschwerde anfechtbar. Sie sind zu Recht nicht in der Aufzählung jener Materien erhalten, die nach Art. 15 VRPG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegen. Der Ausschluss der Verwaltungsgerichtsbeschwerde ist deshalb gerechtfertigt, weil der Genehmigungsentscheid einen Streitgegenstand aufweist, der sich seiner Natur nach für eine justizmässige, auf die Überprüfung von Rechtsfragen ausgerichtete verwaltungsgerichtliche Kontrolle nicht eignet. Hier stehen im Zusammenhang mit dem Erlass allgemein verbindlicher Vorschriften Entscheide in Frage, die sich sachgerechterweise nach planerischen Zweckmässigkeitsüberlegungen auszurichten haben. Welcher Teil eines Gemeindeterritoriums als Bauzone ausgeschieden werden soll, ob das Baugebiet erweitert oder verkleinert werden soll, welche Art und welcher Grad der Nutzung in welchen Teil des Baugebiets zu verlegen sei, solche und ähnliche Probleme zu lösen stellt eine, wie gesagt, opportunistisch gefärbte Aufgabe von politischer Tragweite dar[225]. Sie obliegt bei richtigem Verständnis des Gewaltenteilungsprinzips vorab politisch verantwortlichen Behörden. Das Verwaltungsgericht hat in einem grundlegenden Entscheid[226] die hier sichtbar werdenden Schranken justizmässiger Kontrolle in überzeugender Weise aufgezeigt und klar zum Ausdruck gebracht, dass das Gericht nur gleichsam akzessorisch beim Entscheid über ein konkretes Baugesuch planungsrechtliche Über-

224 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Art. 61 BUD.

225 Zur Überprüfung sog. politischer Akte vgl. auch *Margrit Schilling*, S. 112 ff, insbes. S. 118.

226 MBVR 73/1975 Nr. 62.

227 Der zitierte Entscheid nennt als praktisches Beispiel die Beurteilung von Ausnahmegesuchen gemäss Art. 24 BauG (insbes. wenn die Anwendung von Art. 24 Abs. 3 lit. b in Frage steht). Planungsrechtliche Überlegungen hat das Gericht, allerdings ebenfalls bloss akzessorisch, bei der Beurteilung von Entschädigungsgesuchen wegen materieller Enteignung anzustellen, wenn es um die Prüfung der Baulandqualität einer bestimmten Parzelle geht (vgl. BVR 1977, S. 447 ff bzw. 451 ff; VGE Nr. 15509 vom 21. November 1977 i. S. R. Schmid, Erw. 2 b).

legungen als Teilaspekt neben rein baupolizeilichen Erwägungen berücksichtigen darf[227].

In diesem Zusammenhang fragt sich beispielsweise, ob letztinstanzliche Verwaltungsentscheide über die Verlängerung der Planungsfrist gemäss Art. 56 Abs. 2 BauG mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde angefochten werden können. Das Verwaltungsgericht hat dies im erwähnten Grundsatzentscheid verneint und als Begründung dafür angeführt, eine akzessorische Überprüfung planerischer Fragen — und nur um solche gehe es beim angeschnittenen Problemkreis — scheide aus, weil die eben umschriebenen Verwaltungsentscheide in einem selbständigen, vom eigentlichen Baubewilligungsprozess unabhängigen Verfahren ergingen[228]. *Klaus Bürgi*[229] hat diese Argumentation kritisiert: Es gehe nicht an, das Fristverlängerungsverfahren gemäss Art. 56 Abs. 2 BauG losgelöst vom Baugesuch zu betrachten, zumal letzteres Anlass für die Planungseinsprache gewesen sei. — Diese Kritik ist m. E. verfehlt. Zwar ist richtig, dass stets ein konkretes Baugesuch die Einsprache nach Art. 56 BauG auslöst, doch liegt darin noch kein Grund, um *alle* mit der Planungseinsprache in Zusammenhang stehenden Anordnungen dem Baubewilligungsverfahren zuzurechnen. Die der Planungseinsprache — ihre Zulässigkeit unterstellt — innewohnende Sistierungswirkung für das Baubewilligungsverfahren tritt von Gesetzes wegen ein[230]; einer allfälligen Sistierungsverfügung der mit dem Baugesuch befassten Behörde kommt diesfalls reine Orientierungsfunktion und keine selbständige Bedeutung zu[231]. Prozessual heisst das nichts anderes, als dass die Planungseinsprache ein eigenes Verfahren in Gang setzt, welches das Baubewilligungsverfahren überlagert und auf dieses in bestimmender Weise ausstrahlt. Daher ist naheliegend, davon auszugehen, dass Anordnungen über die Fristverlängerung im Sinne von Art. 56 Abs. 2 BauG einem eigenen Instanzenzug und nicht dem des Baubewilligungsverfahrens folgen. Sie unterliegen der Beschwerde an den Regierungsrat, und da, wie gesagt, die zu beurteilende Materie zufolge ihres ausschliesslich planerischen Gehaltes nicht justizia-

228 MBVR 73/1975, S. 461 Erw. 2.

229 BVR 1978, S. 351.

230 Im Prozessrecht ist die Verfahrenssistierung «von Gesetzes wegen» nicht unbekannt: vgl. die Situation bei der Rechtsnachfolgeregelung einer Prozesspartei (Art. 28 VRPG i. V. mit Art. 40 ZPO).

231 *Leuch*, N 2 zu Art. 40.

bel und deshalb auch zu Recht nicht im Katalog von Art. 15 VRPG enthalten ist, sind die regierungsrätlichen Beschwerdeentscheide nur noch mit staatsrechtlicher Beschwerde anfechtbar.

Offen bleibt freilich, wie zu verfahren ist, wenn der Baugesuchsteller die *Zulässigkeit der Planungseinsprache* in Frage stellt und vorbringt, die bestehenden Bauvorschriften genügten. — Denkbar wäre, diese Frage zum Gegenstand eines besondern Beschwerdeverfahrens zu machen, wobei allerdings eingehend zu prüfen bliebe, ob ein Bedürfnis für eine *verwaltungsunabhängige* Rechtskontrolle bestehe[231a]. Die skizzierte Problematik sprengt indessen den Rahmen der hier beabsichtigten Darstellung der Rechtsmittelordnung im bernischen Bau- und Planungsrecht, weshalb es bei den vorstehenden Bemerkungen sein Bewenden haben muss.

3.1.4. Erschliessung

Vorschriften über die Erschliessung von Bauland finden sich sowohl im ersten wie im zweiten Teil des Baugesetzes[232]. Damit ist bereits aus der Gesetzessystematik abzuleiten, dass der Baulanderschliessung baupolizeiliche und planerische Aspekte eigen sind[233]. Das Gesetz unterscheidet zwischen Basiserschliessung (Art. 71 ff BauG) und Detailerschliessung (Art. 73 ff BauG). Die erstere obliegt wegen ihrer Bedeutung für die Allgemeinheit dem Gemeinwesen, während Planung und Ausführung von Detailerschliessungsanlagen weitgehend den interessierten Grundeigentümern aufgetragen sind. Die Trennung in Basis- und Detailerschliessung ist auch für die Kostenpflicht bestimmend, indem der Bauaufwand für Detailerschliessungsanlagen zulasten der beteiligten Grundeigentümer geht, hingegen die Basiserschliessungskosten primär das Gemeinwesen zu tragen hat. Freilich ist für letztere eine teilweise oder gänzliche Überwälzung durch den Bezug von Beiträgen oder Gebühren möglich[234]. — Hier ist nicht der Ort, um sich einlässlich mit der vielschichtigen Problematik des Erschliessungsrechts auseinanderzusetzen. Es sollen im folgenden bloss einige Betrachtungen zum Verfahren der Kostenüberwälzung bzw. Kostenverteilung angestellt werden.

231a Vgl. dazu neuestens BVR 1979, S. 229 ff.

232 Vgl. Art. 4 und 71 ff BauG.

233 Vgl. *Zaugg*, N 1 und 2 zu Art. 4; *derselbe*, Detailerschliessung, S. 418 ff.

234 Zur Unterscheidung von Basis- und Detailerschliessung: vgl. *Zaugg*, Detailerschliessung, S. 424 f.

3.1.4.1. Grundeigentümerbeiträge

Der Artikel 108 BauG erlaubt es den Gemeinden, an ihren Erschliessungsaufwand von jenen Grundeigentümern Beiträge zu erheben, denen die öffentliche Erschliessungsanlage einen besondern Vorteil bringt. Nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes kann die Gemeinde die Beitragspflicht grundsätzlich für jeden kommunalen Basiserschliessungsaufwand vorsehen, wobei vorab Anlagen des Strassenbaus, der Wasserver- und -entsorgung und der Elektrizitätsversorgung in Betracht fallen. Das Dekret vom 17. September 1970 (GBD) regelt das Verfahren zur Erhebung von Beiträgen der Grundeigentümer. Gemäss Art. 2 lit. a gilt das Dekret nicht nur zum Bezug von Grundeigentümerbeiträgen an die Strassenbaukosten, sondern sinngemäss auch für den Beitragsbezug an die Kosten anderer Basiserschliessungsanlagen. Anzumerken bleibt, dass sich mittels Grundeigentümerbeiträgen die Vorfinanzierung durch das Gemeinwesen vermindern lässt[235].

Im konkreten Fall ist im Beschluss über die Bewilligung und Finanzierung der Anlage durch das zuständige Gemeindeorgan auch über den auf die betroffenen Grundeigentümer zu überwälzenden Kostenanteil zu befinden. Die Stimmbürger und die betroffenen Grundeigentümer können diesen Beschluss mit *Gemeindebeschwerde* anfechten[236]. Ansonsten unterliegt aber die Durchsetzung von strittigen Grundeigentümerbeiträgen der ursprünglichen Verwaltungsrechtspflege, da der Einsprecher aufgrund der Formulierung in Art. 42 SBG bzw. Art. 25 GBD in Verbindung mit Art. 24 Abs. 1 Ziff. 1 und Art. 17 Ziff. 1 VRPG offensichtlich nicht in die Stellung eines Beschwerdeführers versetzt wurde. Vielmehr wies der Gesetzgeber den angreifenden Part der Gemeinde zu, indem diese den umstrittenen Grundeigentümerbeitrag vor dem Verwaltungsgericht einzuklagen hat.

Die erstinstanzliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts vermag nicht mehr zu befriedigen. Das Gericht ist mit einer ständig zunehmenden und kaum mehr innert nützlicher Frist zu bewältigenden Anzahl von Grundeigentümerbeitragsstreitigkeiten befasst. Da in diesen Fällen der Würdigung der örtlichen Verhältnisse grosse Bedeutung zukommt und die Beklagten nicht selten bereit sind, den Grundeigentümerbeitrag zu leisten, wenn ihnen das Beitragssystem durch einen neutralen Dritten erklärt wird,

[235] Vgl. *Zaugg*, N 1 zu Art. 108.
[236] BVR 1978, S. 277 ff Erw. 2 und 3.

schiene es zweckmässig, den Regierungsstatthalter als erste Instanz einzusetzen und anschliessend den Weg ans Verwaltungsgericht zu öffnen[237]. Dem Verfahren vor dem Regierungsstatthalter eignete ohne Zweifel eine beträchtliche «Filterwirkung», die auch im prozessökonomischen Interesse der Parteien läge. Im Rahmen des zweistufigen Verfahrens liesse sich auch ein Wechsel von der ursprünglichen zur nachträglichen Verwaltungsrechtspflege erwägen. Es wäre an sich eine Regelung denkbar, wonach die Gemeinde alle nicht erledigten Einsprachen im Sinne von Beschwerden samt einer Stellungnahme und den Akten an den Regierungsstatthalter zum Entscheid weiterzuleiten hätte. Diesem erstinstanzlichen Urteil könnte die zur Rechtskontrolle führende Beschwerde ans Verwaltungsgericht folgen[238]. Damit würde ein system- und sachgerechter Rechtsschutz gewährt. Die heutige Regelung ist wenig systemkonform; einerseits wird der Gemeinde die Befugnis eingeräumt, Grundeigentümerbeiträge durch Verfügung festzulegen[239], anderseits fällt aber diese Verfügungsmacht sogleich dahin, wenn ein Betroffener nachträglich die Rechtmässigkeit des (verfügten) Beitrags bestreitet.

3.1.4.2. Amtliche Verteilung von Detailerschliessungskosten

Können sich die Beteiligten über die Verteilung der von ihnen zu tragenden Detailerschliessungskosten nicht einigen, so hat gemäss Art. 77 Abs. 2 BauG die Gemeinde einen Beitragsplan aufzustellen und die Kosten der gebauten Anlage nach Massgabe der entsprechenden Interessen der Grundeigentümer zu verlegen. Erst der Plenarentscheid des Verwaltungsgerichts vom 20. Dezember 1976[240] hat geklärt, welche rechtliche Bedeutung dem Beitragsplan zukommt. Ausgehend vom Sinn und Zweck des Kostenteilungsplans erkannte das Verwaltungsgericht, der Gemeinde obliege hier, «den unter den Grundeigentümern herrschenden Streit gleichsam als unabhängige Instanz zu entschei-

237 Vgl. dazu Ziffer 2.2. im Geschäftsbericht des Verwaltungs- und Versicherungsgerichts für das Jahr 1977.

238 Vgl. Ziffer 2.4.4. hievor.

239 Dem nicht widersprochenen Beitragsplan kommt Verfügungscharakter zu; er gibt einen tauglichen Vollstreckungstitel ab (Art. 25 Abs. 2 GBD); vgl. auch Ziffer 2.2.3. hievor.

240 BVR 1977, S. 69 ff.

den und die Kostenanteile im Sinne einer förmlichen Verfügung (Beitragsplan) festzusetzen». Folgerichtig sei das Verwaltungsgericht, welches gemäss Art. 77 Abs. 3 BauG als einzige kantonale Instanz über Streitigkeiten dieser Art zu befinden habe, auf dem Beschwerde- und nicht auf dem Klageweg anzurufen. Allerdings habe der Beschwerde ans Verwaltungsgericht zunächst analog der Vorschriften des DelG ein Einspracheverfahren voranzugehen. Anfechtungsobjekt sei daher erst die «definitive Kostenbeitragsverfügung» (kommunaler Einspracheentscheid)[241].

Mit dem zitierten Verwaltungsgerichtsentscheid sind freilich noch nicht alle verfahrensrechtlichen Schwierigkeiten bei umstrittener Kostenverteilung ausgeräumt.

Mit jeder Beschwerde wird, im Gegensatz zu den Grundeigentümerbeiträgen, der *gesamte* Beitragsplan in Frage gestellt; denn was allfällig dem Beschwerdeführer an Detailerschliessungskosten abgelassen wird, muss andern Beteiligten aufgebürdet werden, weil die interessierten Grundeigentümer 100 % der Anlagekosten zu tragen haben. Prozessual heisst das, dass die nicht beschwerdeführenden Beteiligten im Verfahren Beschwerdegegner werden, während der Gemeinde die Stellung einer Vorinstanz zufällt. Erheben mehrere Grundeigentümer Beschwerde und ist zudem eine grosse Anzahl Grundeigentümer an der Detailerschliessungsanlage beteiligt, so ist leicht ersichtlich, dass das Streitverfahren bald einmal zu einem ausgewachsenen Dickicht von Beschwerdeführern und Beschwerdegegnern werden kann, ganz abgesehen davon, dass der einzelne Beschwerdeführer unvermittelt in die Lage versetzt wird, seine Interessen in (materiell) ein und derselben Sache sowohl als Beschwerdeführer wie auch als Beschwerdegegner vorzutragen[242]. Das Rechtsmittel, welches aufgrund von Art. 77 Abs. 3 BauG und den Erkenntnissen aus dem oben zitierten Verwaltungsgerichtsentscheid den Beteiligten Grundeigentümer zur Verfügung steht, ist als Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu qualifizieren; nur mit ihr ist im bernischen Anfechtungsstreitverfahren ans Verwaltungsgericht zu gelan-

[241] In diese Richtung wies bereits *Zaugg*, Detailerschliessung, S. 433 ff.

[242] Beim Verwaltungsgericht ist gegenwärtig ein Streit um einen Kostenverteilungsplan hängig, an dem 20 Grundeigentümer beteiligt sind, von denen 10 Beschwerde erhoben haben.

gen[243]. Damit bleibt die Überprüfung des Kostenbeitragsplans auf die Rechtskontrolle im Sinne von Art. 16 Abs. 2 VRPG beschränkt. Eine Überprüfung der Ermessensfragen liesse sich über eine ausdrückliche Ermächtigung im Sacherlass oder, und das wäre de lege ferenda zu befürworten, durch die Einführung eines zweistufigen Instanzenzugs erreichen. Als erste Beschwerdeinstanz mit voller Kognitionsbefugnis käme der mit den örtlichen Verhältnissen vertraute Regierungsstatthalter in Frage.

3.2. Wasserwirtschaft und Gewässerschutz

3.2.1. Wasserversorgung

Die Art. 116 und 117 WNG regeln die Wasserabgabe und den Wasserbezug. Einerseits sind die Eigentümer einer öffentlichen Wasserversorgungsanlage verpflichtet, nach Massgabe der verfügbaren Wassermenge Wasser an Dritte abzugeben. Anderseits sind die Bewohner im Einzugsbereich einer öffentlichen Wasserversorgungsanlage grundsätzlich verpflichtet, das benötigte Trinkwasser aus der Anlage zu beziehen. Streitigkeiten über die Wasserabgabe bzw. den Wasserbezug entscheidet das Verwaltungsgericht als einzige Instanz, und zwar nach der Praxis im *Klageverfahren*[244]. Es fragt sich, ob mit der Formulierung: «In Streitfällen entscheidet das Verwaltungsgericht»[245] nur das Klageverfahren anvisiert und ob im hier interessierenden Sachbereich anstelle der ursprünglichen nicht besser die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege träte.

Das Verwaltungsgericht hat in seinem Entscheid vom 21. Dezember 1965 i. S. Widmer[246] ausgeführt, der behauptete Rechtsanspruch im Sinne von Art. 116 Abs. 1 WNG (aus Art. 117 Abs. 1 WNG liesse sich Entsprechendes ableiten) könne «nach Massgabe der Art. 17 Ziff. 8 und 18 Abs. 1 VRPG nur mit Klage . . . geltend gemacht werden». — Aus den beiden Bestimmungen

[243] Vgl. Ziffer 2.6. hievor; *Zaugg*, Detailerschliessung, S. 435, unterwirft den Beitragsplan offenbar der Beschwerde gemäss Art. 32 Abs. 2 VRPG.

[244] BVR 1977, S. 467 ff mit weiteren Hinweisen; VGE Nr. 15631 vom 16. März 1978 i. S. Becker.

[245] Art. 116 Abs. 3 und Art. 117 Abs. 3 WNG.

[246] MBVR 64/1966 S. 326 ff Erw. 1.

des VRPG ist jedoch zum Entscheid darüber, ob eine bestimmte Streitsache auf dem Klage- oder Beschwerdeweg abzuwickeln sei, direkt nichts zu gewinnen. Der Art. 17 Ziff. 8 VRPG enthält eine Generalklausel, nach welcher das Verwaltungsgericht zur Beurteilung von Klagen zuständig ist, wenn Sacherlasse es vorsehen. Der Art. 18 VRPG regelt in allgemeiner Weise das Klagerecht bzw. die Überprüfungsbefugnis. Anhaltspunkte für oder wider das Klageverfahren lassen sich schliesslich auch in den Gesetzesmaterialien zum WNG nicht finden. Unter diesen Umständen ist nicht einzusehen, weshalb aufgrund der auslegungsbedürftigen Formulierung in Art. 116 Abs. 3 bzw. Art. 117 Abs. 3 WNG der Beschwerdeweg zum vorneherein ausgeschlossen sein soll. Es erscheint vielmehr als sachgerecht, den Trägern öffentlicher Wasserversorgungsanlagen hinsichtlich der Wasserabgabe bzw. des Wasserbezugs die Verfügungsbefugnis zuzuerkennen. Die meisten kommunalen Wasserreglemente sehen denn auch gestützt auf Art. 12 und 13 des Musterwasserreglements der VEWD eine Bewilligungspflicht für Anschlüsse vor, wobei denkbar und sachgerecht ist, dass die Bewilligung (=Verfügung im Rechtssinne) allenfalls mit Bedingungen und Auflagen (z. B. über die Gestaltung der Anschlüsse) versehen wird. Hinzu kommt, dass sich auf Wasserabgabegesuche mit einer verbindlichen Verfügung zweckmässiger antworten lässt als mit einer blossen «Parteierklärung», die ihrerseits erst die Vorstufe zu einem weitern Vorverfahren, dem Aussöhnungsversuch gemäss Art. 49 VRPG, darstellt. Sodann wird eine Anschlussverfügung vollauf der in Art. 117 Abs. 1 WNG umschriebenen Anschlusspflicht gerecht, zumal die Situation nicht grundsätzlich von jener beim *Kanalisations*anschluss abweicht, wo der Gesetzgeber ausdrücklich den Verfügungs-/Beschwerdeweg vorgesehen hat[247].

Bei Annahme einer Beschwerdematerie liesse sich de lege ferenda die VEWD als *Beschwerde*instanz vorsehen. Das hätte den Vorteil, dass über mögliche Streitfragen, wie z.B. darüber, ob genügend geeignetes Trinkwasser vorhanden sei, ob die angeordneten Bedingungen und Auflagen sachgerecht seien oder wie gross die verfügbare Wassermenge im konkreten Fall sei, in erster Instanz eine Fachbehörde befände. Deren Entscheid könnte alsdann der zur Rechtskontrolle führenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterworfen werden. Damit würde ein sachgerechter

[247] Art. 18 GSchG i. V. mit Art. 118 Abs. 3 WNG.

Rechtsschutz gewährleistet, der sich im Vergleich zum heutigen, einstufigen Klageweg auch als zweckmässiger erwiese; denn Fragen von der oben skizzierten Art sind ohne Beizug des VEWD als Fachbehörde bzw. ohne Expertise seitens einer verwaltungsunabhängigen Stelle durch das Verwaltungsgericht kaum zu beantworten.

3.2.2. Pflicht zum Kanalisationsanschluss

Das Bundesrecht ordnet in Art. 18 GSchG die Kanalisationsanschlusspflicht. Für kantonale Regelungen bleibt nur mehr Spielraum hinsichtlich der Verfahrensgestaltung[248]. Art. 118 Abs. 3 WNG räumt den Gemeinden das Recht ein, den Kanalisationsanschluss zu verfügen; derartige Verfügungen unterliegen nach der genannten Bestimmung der *Gemeindebeschwerde.*

Kommunale Kanalisationsanschlussverfügungen vollziehen Bundesrecht. Daher entscheidet über sie in letzter Instanz das Bundesgericht auf Verwaltungsgerichtsbeschwerde hin, wobei dem Gericht gemäss Art. 10 GSchG i. V. mit Art. 104 lit. c Ziff. 3 OG volle Kognition, also auch die Angemessenheitsprüfung zusteht. Unter diesem Gesichtswinkel ist die Gemeindebeschwerde, welche die Kognition im kantonalen Rechtsmittelverfahren zum vorneherein einschränkt[249], nicht das richtige Rechtsmittel; denn die gesetzlich vorgesehene Überprüfungsbefugnis müsste gleich für zwei kantonale Rechtsmittelinstanzen in bundesrechtskonformer Auslegung erweitert werden[250]. Das legt die Neuordnung des kantonalen Instanzenzugs nahe. Dabei sollte mit Rücksicht auf den stark durch fachtechnische Probleme geprägten Streitgegenstand zweckmässigerweise die VEWD als erste Beschwerdeinstanz eingesetzt werden. Anschliessend wäre der Beschwerdeweg ans Verwaltungsgericht zu öffnen[251] und gleichzeitig im WNG die verwaltungsgerichtliche Überprüfungsbefugnis jener des Bundesgerichts anzugleichen, d. h. auf die An-

248 Art. 18 GSchG hat die Absätze 1 und 2 von Art. 118 WNG obsolet gemacht; vgl. BVR 1977, S. 471 ff; BVR 1978, S. 199 ff.

249 Vgl. Ziffer 2.7.2. hievor.

250 Vgl. Ziffer 1.3.2.6. hievor.

251 Die am 1. Januar 1978 in Kraft getretene Revision des Art. 21 Abs. 1 VRPG verfolgt u. a. den Zweck, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Fällen von der hier diskutierten Art nicht auszuschliessen (vgl. die Botschaft des Grossen Rates vom September 1977, S. 4/5).

gemessenheitskontrolle auszudehnen. Derweise würde ein nahtloser Übergang vom kantonalen zum eidgenössischen Rechtsmittelverfahren sichergestellt.

Das Gesagte macht deutlich, dass Strukturbereinigungen im kantonalen Verfahrensrecht zuweilen bundesrechtliche Wurzeln haben.

3.2.3. Subventionierung

Der Staat richtet unter bestimmten Voraussetzungen an die Träger öffentlicher Wasserversorgungs-, Abwasser- und Abfallbeseitigungsanlagen Beiträge (Subventionen) aus[252]. Ganz oder teilweise abgewiesene Subventionsgesuche sind als Verfügungen im Rechtssinne zu qualifizieren. Sie sind grundsätzlich beschwerdefähig, wobei sich allerdings fragt, inwieweit sie auch justiziabel, d. h. zur verwaltungsexternen Kontrolle geeignet sind.

Soweit sich die Verfügung darüber ausspricht, ob eine bestimmte Anlage oder ein gewisser Anlageteil subventionsberechtigt sei, sollte die verwaltungsgerichtliche Rechtskontrolle nicht wie im geltenden bernischen Verwaltungsrecht ausgeschlossen sein; denn umstritten ist eine Rechtsfrage: die richtige Anwendung gesetzlich umschriebener Anspruchsvoraussetzungen[253]. Anderes gilt für die Bestimmung der Beitragshöhe. Gemäss Art. 122 Abs. 1 WNG ist diese anhand der Vorschriften über den Finanzausgleich festzulegen. Art. 6 Abs. 2 und 3 des Finanzausgleichsgesetzes[254] bestimmt, dass für die Berechnung der subventionsberechtigten Aufwendungen u. a. die Grundsätze der Sparsamkeit und der Wirtschaftlichkeit anzuwenden seien und dass sich die Zuteilung im Rahmen der insgesamt zur Verfügung stehenden Summe nach der sachlichen und zeitlichen Dringlichkeit zu richten habe. Entscheide dieser Art sind wegen ihres politischen Charakters, der sich in der Notwendigkeit widerspiegelt, sie mit gesamtstaatlichen Bedürfnissen in Beziehung zu setzen,

[252] Art. 121 ff WNG.

[253] Art. 121 Ziffer 3 und Art. 123 Abs. 1 WNG; vgl. Art. 99 lit. h OG; BGE 100 I b 342 Erw. 1 b; siehe auch *Saladin,* Verwaltungsprozessrecht, S. 338.

[254] BSG 631.

von der zur Rechtskontrolle führenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde auszunehmen[255].

3.3. Beamtenrecht

Lange Zeit nahm das Verwaltungsgericht gestützt auf Art. 47 BeamtenG i. V. mit Art. 17 Ziff. 7 VRPG[256] an, es sei zur Beurteilung von Streitigkeiten um und aus dem Dienstverhältnis auf Klage des Beamten oder des Gemeinwesens hin umfassend zuständig, und zwar unbekümmert darum, ob dem Streit eine Verfügung im Rechtssinne zugrunde liege oder nicht. Erst der in BVR 1977, S. 270 ff publizierte VGE vom 10. Juni 1974 brach mit dieser wesentliche verwaltungsprozessrechtliche Grundsätze vernachlässigenden Auffassung und stellte klar, dass das Verwaltungsgericht auch im Bereiche des Beamtenrechts nicht mit direkter Klage angerufen werden kann, wenn eine Verfügung umstritten ist. Die Klage ist im Verhältnis zur Beschwerde subsidiär; der Gesetzgeber hat in Art. 32 Abs. 3 VRPG das Verhältnis

255 Vgl. auch vorn in Ziffer 3.1.3. a. E. die Bemerkungen zur Überprüfbarkeit von Planungsakten; ferner die Rechtsmittelordnung in Art. 9 des Gesetzes vom 7.2.1978 über die Verbesserung des Wohnungsangebotes, wo mit Blick auf den Umstand, dass kein Anspruch auf Leistungen besteht (Art. 5 Abs. 2), der Rechtsmittelweg beim Regierungsrat endet; ob und in welchem Umfange ein Darlehen bzw. ein Beitrag ausgerichtet wird, ist auch hier nicht durch den Richter zu bestimmen.

256 Die beiden Bestimmungen haben folgenden Wortlaut:
Art. 47 BeamtenG:
«Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis entscheidet das Verwaltungsgericht, soweit ein Rechtsanspruch geltend gemacht wird; vorbehalten bleibt die Zuständigkeit der Zivilgerichte und der Disziplinarbehörden. Begehren sind innerhalb sechs Monaten seit Eröffnung des ablehnenden Entscheides beim Regierungsrat anzubringen.
Die Klage an das Verwaltungsgericht kann erst nach Abweisung des Anspruches durch den Regierungsrat erhoben werden. Sie ist innerhalb sechs Monaten einzureichen.
Im übrigen richtet sich das Verfahren nach den Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege.
Ein Aussöhnungsversuch findet nicht statt.
Dieses Verfahren gilt entsprechend für Streitigkeiten aus dem Dienstverhältnis der Gemeindebeamten.»
Art. 17 Ziff. 7 VRPG:
«Das Verwaltungsgericht beurteilt ferner als einzige Instanz Klagen (...) aus dem öffentlichen Dienstverhältnis der Staats- und Gemeindebeamten.»

zwischen der ursprünglichen und der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege abschliessend festgelegt, weshalb nicht wahlweise entweder der Klage- oder der Beschwerdeweg beschritten werden kann[257].

Diese prozessrechtlich begründete Praxisänderung öffnet eine empfindliche Lücke im beamtenrechtlichen Rechtsschutz. Überall dort, wo im Rahmen des Dienstverhältnisses Rechtsbeziehungen mittels Verfügungen geordnet werden, fällt das Verwaltungsgericht als Beschwerdeinstanz weg; denn beamtenrechtliche Streitigkeiten gehören nicht zu jenen im Zuständigkeitskatalog von Art. 15 VRPG enthaltenen Materien, und es sieht auch kein Sacherlass die Verwaltungsgerichtsbeschwerde vor. Namentlich kann solches nicht aus Art. 47 BeamtenG abgeleitet werden; der Wortlaut der Bestimmung ist eindeutig und visiert nur die ursprüngliche Verwaltungspflege an. Die aufgezeigte Lücke ist deshalb eine beachtliche, weil die Verfügung im Bereiche des Beamtenrechts eine nicht unwesentliche Rolle spielt: Schon die Begründung des Dienstverhältnisses erfolgt mittels Verfügung; gleiches gilt für die Beförderung, die Nichtwiederwahl, die provisorische Wiederwahl, die Versetzung, die Verhängung einer Disziplinarstrafe und anderes mehr[258].

Im oben zitierten Entscheid wurde ausgeführt, es sei unbefriedigend, dass das Verwaltunggericht auf dem Gebiete des Beamtenrechts nicht als Beschwerdeinstanz amten könne, obwohl auch hier ein legitimes Bedürfnis für eine verwaltungsunabhängige nachträgliche Gerichtsbarkeit zu bestehen scheine[259]. Dem ist zuzustimmen, wobei freilich anzumerken ist, dass sich nicht alle streitigen Aspekte des beamtenrechtlichen Verhältnisses zur *verwaltungsgerichtlichen* Kontrolle eignen. Nicht justiziabel in diesem Sinne sind beispielsweise:

— Die auf freiem Ermessen der zuständigen Behörde beruhende (erstmalige) Begründung des Dienstverhältnisses (in Frage

[257] Vgl. Ziffer 1.4. hievor.

[258] Vgl. dazu: BGE 104 I a 26 ff; ZBl 80/1979, S. 116 ff; 77/1976, S. 16 ff; *Fleiner-Gerster*, S. 387 ff mit umfassendem Literaturhinweis.

[259] BVR 1977, S. 275.

stünde praktisch nur die Beschwerde des nichtberücksichtigten Mitbewerbers)[260].

— Verfügungen betreffend Beförderungen, die gleichermassen im freien Ermessen der zuständigen Behörde liegen[261].

— Dienstbefehle, soweit sie sich in organisatorischen, auf die Amtsobliegenheiten bezogenen Anordnungen erschöpfen[262].

— Verfügungen des Regierungsrats, mit denen eine Disziplinarstrafe verhängt wird. Immerhin kann man sich fragen, ob nicht gemessen an der Bedeutung dieser Massnahmen für den Betroffenen generell der Beschwerdeweg an die Abberufungskammer geöffnet werden sollte[263].

Demgegenüber sind aber beispielsweise Verfügungen betr. die nichtdisziplinarische Versetzung, die Wohnsitznahme oder — praktisch ohne Zweifel am bedeutsamsten — die Nichtwiederwahl bzw. bloss provisorische Wiederwahl sehr wohl geeignet, um mit Verwaltungsgerichtsbeschwerde der verwaltungsunabhängigen Kontrolle zugeführt zu werden[264]. Zwar ist aus dem Umstand, dass Beamte nach schweizerischer Tradition für eine

260 In den in VPB 39/1975 Nr. 47 und ZBl 77/1976, S. 16 ff publizierten Entscheiden wird die *Verwaltungs*beschwerde durch den nichtberücksichtigten Mitbewerber grundsätzlich für zulässig erklärt und einschränkend ausgeführt, zu überprüfen sei lediglich die Gültigkeit, nicht aber die Richtigkeit der Anstellungsverfügung. — Eine solche «Gültigkeitskontrolle», die auch einem verwaltungsexternen Organ (Verwaltungsgericht) übertragen werden könnte, wäre zu begrüssen. Sie hülfe Willkür und Rechtsverletzungen bei der Stellenbesetzung verhindern (siehe auch *Kölz*, N 57 zu § 21). Bei kommunalen Wahlakten bleibt die Gemeindebeschwerde vorbehalten (vgl. BVR 1976, S. 160 ff).

261 Vgl. *Imboden/Rhinow*, Nr. 66 B V a; zur Rüge der Gehörsverweigerung im Beförderungsverfahren nach eidgenössischem Recht vgl. VPB 38/1974 Nr. 69.

262 Vgl. z. B. VPB 38/1974 Nr. 67.

263 Im eidgenössischen Beamtenrecht steht für die schweren Disziplinarstrafen die Verwaltungsgerichtsbeschwerde offen, wobei dem Bundesgericht volle Kognition zusteht (Art. 100 lit. e Ziffer 4 i. V. mit Art. 104 lit. c Ziffer 2 OG). — Zur Frage, ob sachgerechterweise anstelle der Abberufungskammer nicht das Verwaltungsgericht als Justizbehörde in (schweren) Disziplinarsachen eingesetzt werden sollte, vgl. *Dora Hanhart*, S. 99 ff.

264 Zum Bedürfnis nach Rechtskontrolle bei Nichtwiederwahlen vgl. MBVR 72/1974 Nr. 25; 71/1973 Nr. 1; 70/1972 Nr. 6; 67/1969 Nr. 6. — Zur Wohnsitznahme: BGE 103 I a 455 ff. Zur Versetzung: BGE 100 I b 21 ff.

bestimmte Amtsdauer gewählt werden, abzuleiten, dass grundsätzlich kein Anspruch auf Wiederwahl besteht. Das bedeutet aber nicht, dass sich die Nichtwiederwahl formlos[265] durch blossen Ablauf der Amtsdauer einstellen darf. Vielmehr ist bei der Nichtwiederwahl gleich wie im Falle der Versetzung ins Provisorium ein bestimmtes Verfahren einzuhalten. Es besteht eine rechtzeitige Mitteilungs- und (für den Fall der provisorischen Wiederwahl) Begründungspflicht[266]. Daraus erhellt, dass die bloss provisorische Wiederwahl ohne zureichende Gründe nicht verfügt werden darf; die «Freiheit der Nichtwiederwahl bzw. bloss provisorischen Wiederwahl» ist nicht schrankenlos[267]. Rechtsstaatliche Grundsätze rufen einer Kontrolle auch in diesem Bereich. Deshalb sollte die durch die eingangs erwähnte Praxisänderung entstandene Lücke im Rechtsschutzsystem geschlossen und der Weg zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde geöffnet werden. Soweit solche Verfügungen auch eigentliche Ermessensentscheide beinhalten, kann das Verwaltungsgericht nur prüfen, ob diese letzteren rechtsfehlerfrei seien[268]. Angemerkt sei, dass für kommunale, das Dienstverhältnis betreffende Verfügungen bereits das geltende Recht ein zweistufiges Anfechtungsstreitverfahren vorsieht: der nichtwiedergewählte oder ins Provisorium versetzte Gemeindebeamte kann beim Regierungsstatthalter Gemeindebeschwerde erheben und dessen Entscheid an den Regierungsrat weiterziehen.

Vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnis können gemäss Art. 47 Abs. 3 BeamtenG erst dann beim Verwaltungsgericht eingeklagt werden, wenn der Regierungsrat — bzw. im kommunalen Verhältnis der Gemeinderat — den Anspruch abgewiesen hat. Entsprechendes gilt für vermögensrechtliche An-

265 Die Wiederwahl wird dem Beamten grundsätzlich *nicht eröffnet* (vgl. Ziffer III.5. Anstellungsverordnung vom 23. Dezember 1955, BSG 153.11); BGE 104 I a 30; ZBl 80/1979, S. 119 f.

266 Vgl. für das bernische Beamtenrecht Art. 8 und 9 BeamtenG i. V. mit der Anstellungsverordnung Ziffer III.2 bis 5. Der Bundesratsbeschluss vom 31. März 1976 (SR 172.221.121.) ordnet das Verfahren bei Wiederwahl mit Einschränkungen bzw. bei Nichtwiederwahl noch eingehender als die bernische Anstellungsverordnung. Insbesondere wird bestimmt, dass der Betroffene vor der Verfügung anzuhören und ihm Gelegenheit zur schriftlichen Stellungnahme einzuräumen ist (Art. 4. Abs. 1).

267 Vgl. *Imboden/Rhinow*, Nr. 150; BGE 99 I b 233 ff; und für das bernische Recht die oben in Anm. 265 zitierten Entscheide.

268 Vgl. Ziffer 2.6. hievor.

sprüche gegenüber der Versicherungskasse der bernischen Staatsverwaltung[269]. Soweit diese Anspruchsverweigerung als Parteierklärung des Gemeinwesens hinreichend begründet ist, wäre denkbar, sie als Verfügung im Rechtssinne zu qualifizieren und der Verwaltungsgerichtsbeschwerde zu unterwerfen[270]. Da aber die Praxis[271] den mit der einfachsten Begründung versehenen betreibungsrechtlichen Rechtsvorschlag als Parteierklärung im Sinne von Art. 47 Abs. 3 BeamtenG zulässt und zudem sachnotwendig im Beschwerdeverfahren die Überprüfungsbefugnis des Verwaltungsgerichts erweitert werden müsste, besteht keine Veranlassung, vom herkömmlichen System abzuweichen. Vermögensrechtliche Ansprüche aus dem Dienstverhältnis klageweise durchzusetzen, scheint durchaus zweckmässig[272].

3.4. Schule, Berufsbildung

3.4.1. Allgemeines

Im Bereiche des Schul- und Ausbildungsrechts finden sich unterschiedlichste Anfechtungsobjekte. Nebst Bewilligungen (z. B. die Bewilligung, eine Privatschule zu führen[273]) sind Disziplinarverfügungen[274], Wahlakte[275], Zeugnisse und Promotionsbeschlüsse[276], Fähigkeitsausweise und Lehrerpatente[277], Verfügungen über Ausbildungsbeiträge[278] u. a. m. anzutreffen. Den Besonderheiten der Anfechtungsobjekte ist bei der Wahl der Rechtsmittel Rechnung zu tragen. Im folgenden soll auf einige Spezialfälle eingegangen werden.

269 Art. 26 des Dekretes über die Versicherungskasse der bernischen Staatsverwaltung (BSG 153.41).

270 *Stutz*, S. 400, beklagt, dass man für das luzernische Verwaltungsrecht nicht diesen Weg eingeschlagen hat.

271 VGE Nr. 15011 vom 14. Juli 1975 i. S. Sch.

272 So auch *Kölz*, Prozessmaximen, S. 20.

273 Art. 96 ff PSG.

274 Art. 50 ff PSG; Art. 65 ff MSG.

275 Art. 29 ff PSG; Art. 47 ff MSG; Art. 40 ff BerufsbildungsG.

276 Art. 33 und 34 MSG; Art. 38 BerufsbildungsG; Vo über die Promotionen der Schüler an den deutschsprachigen Lehrer- und Lehrerinnenseminarien des Kantons Bern (BsG 430.212.111.2.).

277 Art. 51 BerufsbildungsG; Art. 15 G über die Ausbildung der Lehrer und Lehrerinnen (BSG 430.210.1); D über die Patentprüfungen für Primarlehrer und Primarlehrerinnen (BSG 430.212.311.1).

278 Art. 10 ff StipendienG.

3.4.2. Anfechtung von Schulzeugnissen und Examensausweisen

In Schulzeugnissen und Prüfungsausweisen werden schulische, fachtechnische oder wissenschaftliche Leistungen bewertet. Zeugnisse und Prüfungsentscheide qualifizieren sich rechtlich als Verfügungen feststellender Art. Heute ist kaum mehr bestritten, dass sie grundsätzlich taugliche Anfechtungsobjekte abgeben[279]. Die Anfechtungsmöglichkeit ist z. T. gesetzlich verankert[280].

Beschwerden gegen Prüfungsergebnisse entbehren verfahrensrechtlich nicht einer gewissen Problematik. Zunächst fragt sich, ob und wie stark die Überprüfungsbefugnis durch Ausschluss gewisser Rügen beschränkt werden soll. Auszugehen ist dabei von der Erkenntnis, dass die Bewertung von Schul- und Prüfungsleistungen kein Ermessensentscheid darstellt, weil es an der Wahl zwischen mehreren rechtlich gleichwertigen Lösungen fehlt[281]. Die Bewertung beruht aber auf einem (breiten) Beurteilungsspielraum[282]. Insoweit sind Schul- und Prüfungsleistungen der Nachkontrolle[283] entzogen. Jedoch haben der Schüler und der Prüfling Anspruch auf eine sachgerechte, d. h. willkürfreie, und im Rahmen der Schul- bzw. Prüfungsordnung verfahrenskonform durchgeführte Leistungsbewertung. Die Überprüfung durch die Verwaltungsjustizbehörden bleibt daher auf die Einhaltung des Willkürverbots[284] und die richtige Anwendung verfahrensrecht-

279 Vgl. dazu *Plotke,* insbes. S. 187—240 und S. 267 ff; *Ule,* S. 19, formulierte für das deutsche Recht kurz und klar: «... eine gerichtsfreie Prüfungsgewalt kennt unser Recht nicht.» — Für das eidgenössische Verwaltungsrecht ist freilich Art. 99 lit. f OG zu beachten, wo die Verwaltungs*gerichts*beschwerde gegen « Verfügungen über das Ergebnis von Berufs-, Fach- oder Fähigkeitsprüfungen» ausgeschlossen wird.

280 Art. 81 Abs. 2 BerufsbildungsG; Art. 19 der Vo über die Maturitätsprüfungen (BSG 433.351); Art. 21 der Vo über die Ausbildung und Prüfung von Lehrern und Sachverständigen der Erziehungs- und Bildungswissenschaften (BSG 430.218.61).

281 Vgl. *Ule,* S. 19/20; *Forsthoff,* S. 427/28; anders offenbar *Imboden/Rhinow,* Nr. 66 V a.

282 Vgl. *Plotke,* S. 255 ff; BBl 1965 II, S. 1314.

283 Eine Art unmittelbare Kontrolle der Leistungsbewertung bei Prüfungen findet dort statt, wo nebst dem Examinator jeweils noch ein sog. «Experte» anwesend ist, vgl. z. B. Art. 11 Abs. 3 und Art. 12 Vo über die Maturitätsprüfung (BSG 433.351).

284 Der Examinator darf weder von falschen Tatsachen ausgehen, noch allgemeingültige Bewertungsgrundsätze beiseite schieben, noch sich von sachfremden Erwägungen leiten lassen (vgl. *Ule,* S. 20, zur Praxis des deutschen Bundesverwaltungsgerichts).

licher Prüfungsvorschriften beschränkt[285]. In neuern Erlassen ist diese aus der Natur des Anfechtungsgegenstandes abzuleitende Beschränkung des Überprüfungsbereichs ausdrücklich verankert[286]. Das Berufsbildungsgesetz schränkt freilich noch weiter ein, indem es in Art. 81 Abs. 2 vorsieht, Prüfungsergebnisse seien nur bei nichtbestandener Prüfung wegen Verstosses gegen die Prüfungsordnung oder willkürlicher Bewertung anfechtbar. Diese Einschränkung scheint mir zu einschneidend. Sie verkennt, dass bei bestandener Prüfung auch ein Interesse an der soeben umschriebenen Kontrolle einer *Einzelnote* bestehen kann. Das wird beispielsweise deutlich, wenn die Einzelnote die Gesamtqualifikation tatsächlich zu beeinflussen mag oder Ausgangspunkt für die Zulassung zu einem weitern Ausbildungsgang ist. Der Prüfling hat Anspruch darauf, dass nicht nur das Prüfungsergebnis als Ganzes, sondern auch die Einzelnote im obengenannten Sinne willkürfrei und verfahrenskonform ermittelt wird[287].

Schliesslich stellt sich noch die Frage nach der Ausgestaltung des Instanzenzugs. Für das eidgenössische Verwaltungsrecht schliesst Art. 99 lit. f OG die Verwaltungsgerichtsbeschwerde aus. Der Bundesrat begründete diesen Ausschluss in seiner Botschaft an die Bundesversammlung[288] mit dem breiten Beurteilungsspielraum, der den Examinatoren zustehe. Wie aufgezeigt, besteht indessen kein sachlicher Grund, im kantonalen Verfahrensrecht gleich vorzugehen und die Kontrolle nur verwaltungsintern durchzuführen oder gar auch diese auszuschliessen, wie das Art. 20 der Verordnung über die Eignungsprüfung für

285 Vgl. *Plotke,* S. 293 ff; *Imboden/Rhinow,* Nr. 67 III c; MBVR 73/1975, S. 33 ff; 72/1974, S. 373 ff; 66/1968, S. 340; BGE 99 I a 586 ff; *Ule,* S. 19; *Forsthoff,* S. 427 f und *Eyermann-Fröhler,* Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, 7. Aufl., München 1977, N 50 a zu § 42 je mit Hinweisen auf die deutsche Rechtsprechung.

286 Vgl. Art. 19 Vo über die Maturitätsprüfung (BSG 433.351); Art. 21 Vo über die Ausbildung und Prüfung von Lehrern und Sachverständigen der Erziehungs- und Bildungswissenschaften (BSG 430.218.61); Art. 14 Vo über die Aufnahmeprüfungen an der Universität Bern (BSG 436.73).

287 Zur Anfechtung von Einzelbewertungen vgl. auch *K. Stern,* verwaltungsprozessuale Probleme in der öffentlichrechtlichen Arbeit, 4. Aufl., München 1978, S. 65/66; *Kölz,* N 59 zu § 21.

288 BBl 1965 II, S. 1314.

Jäger[289] tut[290]. Sachgerechterweise sollte der Instanzenzug bei der Anfechtung von Prüfungsergebnissen generell je eine verwaltungsinterne und verwaltungsexterne Instanz umfassen, wobei die Beschwerdegründe im Sacherlass ausdrücklich und für den ganzen Instanzenzug in der dargestellten Weise zu beschränken wären.

3.4.3. Streitigkeiten um Fähigkeitsausweise

Fähigkeitsausweise bescheinigen, dass eine bestimmte Person in einem näher umschriebenen Fachbereich einen bestimmten Ausbildungsstand erreicht hat. Sie sind rechtstheoretisch Feststellungsverfügungen und als solche taugliche Anfechtungsobjekte.

Als Beispiel eines Fähigkeitsausweises sei das bernische Primarlehrerpatent angeführt. Die Kantonale Erziehungsdirektion kann gemäss § 9 Abs. 2 des Dekrets über die Patentprüfungen für Primarlehrer und Primarlehrerinnen die Erteilung des Patents verweigern, wenn der Bewerber zwar die Patentprüfung bestanden hat, aber «aus charakterlichen Gründen Anlass zu schweren Bedenken gibt». Diese Patentverweigerung kann beim Regierungsrat angefochten werden; dessen Entscheid unterliegt gemäss Art. 15 Ziff. 2 lit. f VRPG der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Der Rechtsweg ist somit klar geordnet und führt mit Blick auf die Bedeutung der Streitsache zu Recht bis zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle.

Anderes gilt für Fähigkeitsausweise im Bereiche der Berufsbildung. Nach dem kantonalen Berufsbildungsgesetz wird dem Lehrling nach bestandener Lehrabschlussprüfung am Ende der Lehrzeit ein Fähigkeitsausweis ausgestellt. Wird der Fähigkeitsausweis (vorläufig) verweigert, z. B. weil Streit darüber besteht, ob eine bestimmte, wegen Krankheit oder andern Umständen versäumte Ausbildungszeit an die Lehrzeit anzurechnen sei, so herrscht Unklarheit über den Rechtsweg. Der Art. 81 Abs. 3 BerufsbildungsG lässt die Aufsichtsbehörde (in diesem Fall die Kantonale Volkswirtschaftsdirektion) endgültig entscheiden, «so-

[289] BSG 922.21.

[290] In einem Meinungsaustausch vom 25. Juli/8. August 1978 zwischen dem Präsidenten des Verwaltungsgerichts und der Kantonalen Justizdirektion wurde diese Bestimmung mit Blick auf Art. 14 bzw. Art. 15 Ziff. 2 lit. f VRPG als gesetzwidrig qualifiziert.

fern eine Weiterziehung nicht ausdrücklich vorgesehen ist». Streitigkeiten um den Fähigkeitsausweis fehlen aber in der Aufzählung jener Materien, die gemäss Art. 82 BerufsbildungsG an die Regierung weiterziehbar sind. Damit stellt sich das Berufsbildungsgesetz in Widerspruch zum VRPG, welch letzteres wie gesagt in Art. 15 Ziff. 2 lit. f die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit für Streitigkeiten um Fähigkeitsausweise vorsieht. Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber im Berufsbildungsgesetz die Anfechtung verweigerter Fähigkeitsausweise ausschliessen wollte, bestehen — auch anhand der Gesetzesmaterialien — nicht. Das Berufsbildungsgesetz weist insoweit eine Gesetzeslücke auf, die im Sinne des VRPG, also durch Öffnung des Rechtsweges, auszufüllen ist.

3.4.4. Bewilligung zur Ausbildung von Lehrlingen

Ungereimtheiten zwischen dem Berufsbildungsgesetz und dem VRPG ergeben sich auch hinsichtlich umstrittener Bewilligungen zur Ausbildung von Lehrlingen. Nach Art. 82 Abs. 1 lit. b BerufsbildungsG kann der Beschwerdeentscheid der Volkswirtschaftsdirektion, mit welchem die Bewilligung, Lehrlinge auszubilden, verweigert wird, beim Regierungsrat angefochten werden. Hernach ist gemäss Abs. 2 des genannten Artikels die Beschwerde an den *Bundesrat* möglich. Der Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 lit. e VRPG unterwirft aber die «Erteilung oder Verweigerung ... einer Bewilligung zur ausnahmsweisen Lehrlingshaltung» der Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Diese ist jedoch gemäss Art. 21 Abs. 1 VRPG ausgeschlossen, wenn der in Frage stehende Verwaltungsentscheid der Beschwerde an den Bundesrat unterliegt.

Es zeigt sich, dass die Ordnung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit in jenen Materien, die der Kontrolle durch eine Bundesbehörde unterliegen, auch nach der Revision des Art. 21 VRPG noch nicht vollkommen bereinigt ist.

3.4.5. Streitigkeiten um Ausbildungsbeiträge

Am 1. Januar 1978 ist das G über Ausbildungsbeiträge (Stipendiengesetz)[291] in Kraft getreten. Der Art. 11 dieses Gesetzes regelt eingehend den bei umstrittenen Beitrags- bzw. Rückerstat-

[291] BSG 438.31.

tungsverfügungen einzuschlagenden Beschwerdeweg. Vorgesehen ist ein dreistufiges Verfahren. Der Gesetzgeber hat nach langem Hin und Her gegen den Antrag des Regierungsrates beschlossen, Einspracheentscheide der Erziehungsdirektion dem Rekurs an eine spezielle Rekurskommission zu unterwerfen und erst gegen deren Entscheid die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 15 Ziff. 6 VRPG zuzulassen[292]. Die Notwendigkeit, eine Rekurskommission einzuschalten, wurde hauptsächlich damit begründet, dass «sog. kleine Leute» davor zurückschreckten, einen Einspracheentscheid der Erziehungsdirektion beim Verwaltungsgericht anzufechten; bei einer Rekurskommission entfalle diese psychologische Barriere[293]. Weiter wurde vorgebracht, das Verfahren vor der Rekurskommission sei einfacher umd mit weniger Formalitäten verbunden[294].

Ob das erste Argument sticht, ist zweifelhaft[295]. Jedenfalls ist dem zweiten Argument nicht zu folgen. Für das Rekurs- wie auch für das Verwaltungsgerichtsverfahren gelten gemäss Art. 11 StipendienG die gleichen prozessualen Grundsätze des VRPG. Namentlich herrschen hier wie dort der Untersuchungsgrundsatz, das Rügeprinzip und der Grundsatz iura novit curia; weiter sind Rekurs- und Verwaltungsgerichtsbeschwerde schriftlich und begründet einzureichen, wobei es nicht anginge, diesbezüglich im einen Verfahren einen strengern Massstab anzuwenden als im

292 Nachdem der Grosse Rat in erster Lesung beschlossen hatte, den Weg ans Verwaltungsgericht erst im Anschluss an den Entscheid einer speziellen Rekurskommission zu öffnen, schwenkte der Rat in der 2. Lesung auf den Antrag des Regierungsrates ein und liess zunächst die Rekursmöglichkeit fallen (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1977, S. 55; Regierungsrat Kohler begründete die ablehnende Haltung der Regierung gegen eine solche Rekurskommission im wesentlichen wie folgt: «Le Gouvernement pense en effet que l'introduction dans ce domaine d'un organisme de recours pourrait faire école et constituer un précédent qui pourrait être invoqué dans tous les secteurs de l'administration.»). Erst gestützt auf einen Rückkommensantrag am Schluss der 2. Lesung (vgl. Tagblatt des Grossen Rates 1977, S. 49 ff) fand der Rekurs wieder Eingang ins Gesetz.

293 Tagblatt des Grossen Rats 1976 bzw. 1977, S. 335/36 bzw. 59/60, Voten: Etique, Hug, Guggenheim, Hess, Bircher, Aeberhard.

294 Wie Anm. 293 namentlich die Voten Guggenheim, Hess, Aeberhard.

295 Im Jahre 1978 sind beim Verwaltungsgericht 158 Geschäfte neu eingegangen. 32 gingen von Gemeinden oder dem Staat Bern aus. Von den restlichen 126 Fällen sind 58 (oder ca. 46 % sog. Laienbeschwerden (-klagen).

andern[296]. Aus der (angeblichen) Einfachheit des Rekursverfahrens ist mithin kaum etwas für den Entscheid darüber abzuleiten, ob im konkreten Fall dem Verwaltungsgericht eine Rekursinstanz vorgelagert werden solle oder nicht. Dazu sollten andere Überlegungen in den Vordergrund gerückt werden.

Es wurde auch die Frage aufgeworfen, ob das Einspracheverfahren noch nötig sei, wenn eine Rekursinstanz vorgesehen werde[297]. Mit Blick auf den Verfahrensgegenstand wurde diese Frage zu Recht bejaht. Bei den Verfügungen betreffend Ausbildungsbeiträge handelt es sich um eigentliche Massenverfügungen[298]. Gestützt auf eine Vielzahl individueller Angaben der Bewerber hat die Verwaltung anhand eingehender Berechnungsvorschriften[299] alljährlich in Tausenden von gleichartigen Gesuchsfällen zu ermitteln, ob ein Beitragsanspruch besteht und, wenn ja, wie hoch dieser ist. Bei solchen Verwaltungsverfahren sind — wie die jahrzehntelange Erfahrung im Steuerrecht zeigt, wo in ähnlicher Weise die Veranlagungsverfügung auf Angaben des Verfügungsadressaten fusst —, leicht behebbare und meist auf irrtümlicher Sachverhaltsannahme beruhende Fehlleistungen nicht auszuschliessen. Die Einsprache im Sinne des DelG ist durchaus ein geeignetes Mittel, um solche Fehler ohne Mithilfe verwaltungsunabhängiger Dritter zu beheben[300]. Insoweit ist die Rechtsmittelordnung des StipendienG in sachgerechter Weise auf den Streitgegenstand abgestimmt.

Bei der eingehenden Beratung, die der Gesetzgeber dem Rechtsmittelverfahren im Stipendienwesen hat angedeihen lassen, erstaunt indessen, dass von den Gegnern der «Rekurskommissionslösung» nicht folgende Instanzenzugsvariante zur Diskussion gestellt worden ist:

296 Davon geht aber wohl Grossrat Guggenheim aus (vgl. Tagblatt des Grossen Rats 1976, S. 335).

297 Vgl. Tagblatt des Grossen Rats 1976, S. 336, Votum H. R. Christen.

298 Wie die «Dienststelle Stipendien» auf Anfrage hin mitteilte, wurden im Jahre 1978 ca. 12 000 Ausbildungsbeitragsgesuche behandelt.

299 Art. 13 und 14 der Stipendienverordnung (BSG 438.312).

300 Vgl. Ziffer 2.2.2.1. hievor. Nach Angaben der «Dienststelle Stipendien» wurden im Jahre 1978 trotz rund 1370 abgewiesenen Beitragsgesuchen bloss 7 Einsprachen erhoben, aus denen schliesslich nur zwei Rekurse hervorgingen! Das spricht für ein gut funktionierendes *Verwaltungs*verfahren. Die niedrige Anzahl Einsprachen ist ohne Zweifel darauf zurückzuführen, dass der Verfügung das Computerberechnungsblatt und im Falle der Gesuchsabweisung zusätzlich eine schriftliche Begründung beigelegt werden.

— Einsetzen der «Dienststelle Stipendien» als verfügende Behörde[301] mit Einsprachemöglichkeit gemäss Art. 10 ff DelG,
— Beschwede im Sinne von Art. 32 VRPG an die Kantonale Erziehungsdirektion,
— Verwaltungsgerichtsbeschwerde im Sinne von Art. 15 Ziff. 6 VRPG.

Der Einsprache nach Art. 10 ff DelG fiele die Aufgabe zu, allfällige, auf das Massenverfahren zurückzuführende Fehler auf einfachste Weise zu korrigieren. Die Beschwerde an die Fachdirektion schlösse gleich wie der Rekurs bei ganz oder teilweise abgewiesenen Beitragsgesuchen die Überprüfung des Ermessens mit ein. Weiter wickelte sich dieses verwaltungsinterne Beschwerdeverfahren vor dem Hintergrund einer zur Rechtskontrolle führenden Verwaltungsgerichtsbeschwerde ab. — Damit würde optimaler Rechtsschutz gewährt. Zudem dürfte dieser Instanzenzug vermutungsweise rascher durchlaufen sein als eine Rechtsmittelfolge, die zwei verwaltungsexterne Instanzen vorsieht. Der Prozessdauer kommt gerade bei der hier in Frage stehenden Materie evidente Bedeutung zu. Dem Ansprecher ist nämlich kaum damit gedient, wenn er erst nach Jahr und Tag verbindlich erfährt, ob und in welchem Umfang er mit einem Ausbildungsbeitrag rechnen kann.

3.5. Verschiedene Bewilligungsverfahren

3.5.1. Der Fall «Jacquemin» (Installationsbewilligung)

In der Stadt Bern besteht für die Vornahme von Gas-, Wasser- und Abwasserinstallationen eine Bewilligungspflicht. Die Bewilligung erhält nur, wer u. a. im Besitz des Meisterdiploms ist. Jacquemin, der kein solches Meisterdiplom erworben hat, betrieb ein Einmannunternehmen für sanitäre Installationen. Er verfügte über eine Werkstätte und einen VW-Bus, den er als fahrbare Werkstätte eingerichtet hatte. Am 29. Januar 1971 verbot der Direktor der industriellen Betriebe der Stadt Bern Marcel Jacque-

[301] Das entspricht im übrigen der jetzt — kaum gesetzeskonform (vgl. Art. 10 StipendienG) — gehandhabten Verwaltungspraxis, indem nur noch *Einspracheentscheide* vom Erziehungsdirektor unterzeichnet werden.

min, «im Anschluss an die Verteilanlagen des Gaswerks und der Wasserversorgung der Stadt Bern und im Bereich des städtischen Kanalisationsnetzes Gas-, Wasser- oder Abwasserinstallationen oder Reparaturen auszuführen». Diese Verfügung focht Jacquemin erfolglos beim Gemeinderat der Stadt Bern an. Hernach führte er ebenfalls ohne Erfolg Gemeindebeschwerde beim Regierungsstatthalter. Dessen Entscheid zog Jacquemin an den Regierungsrat weiter. Dieser hielt das eingelegte Rechtsmittel für teilweise begründet, schränkte durch Entscheid vom 18. Dezember 1974 das allgemeine Installationsverbot ein und umschrieb neu, in welchem Umfang Jacquemin Installations- und Reparaturarbeiten ausführen dürfe; dabei nahm er vom Verbot insbesondere die Installationen und Reparaturen im Anschluss an das städtische Kanalisationsnetz aus. Jacquemin wie auch die Einwohnergemeinde der Stadt Bern erhoben gegen den Regierungsratsbeschluss Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Das Verwaltungsgericht bestätigte im wesentlichen den angefochtenen Entscheid, was Jacquemin veranlasste, dagegen staatsrechtliche Beschwerde einzulegen, welche das Schweizerische Bundesgericht am 13. Dezember 1977 abwies. Nach knapp sieben Jahren und nachdem das Anfechtungsobjekt fünf Rechtsmittelinstanzen durchlaufen hatte, stand damit endlich das Prozessergebnis rechtskräftig fest[202].

Die überlange Prozessdauer, welche mit einer solchen Vielzahl von Rechtsmittelinstanzen unweigerlich verbunden ist, diskreditiert die Verwaltungsrechtspflege. Es leuchtet nicht ein, gleich drei kantonale Instanzen bereitzustellen und einer nach der andern aufzutragen, den kommunalen Beschwerdeentscheid der Rechtskontrolle zu unterziehen. Die staatsrechtliche Beschwerde bereits gegen den Regierungsstatthalterentscheid zulassen, schüfe zwar radikale Remedur, schösse aber mit Blick auf die Belastung des Bundesgerichts wohl übers Ziel hinaus. Hingegen sollte zumindest *eine* kantonale Rechtsmittelinstanz eliminiert werden. Doch welche? In Fällen wie dem vorliegenden, wo die kommunale Verfügung bzw. der kommunale Beschwerdeentscheid auf Gemeinderecht fusst und mit Rücksicht auf die Gemeindeautonomie von Anfang an die Überprüfungsbefugnis auf die Rechtskontrolle beschränkt ist, schiene als Mittellösung sachgerecht, im

[302] Bis zur Eröffnung der schriftlichen Begründung des letztinstanzlichen Urteils verstrichen nochmals mehr als sieben Monate. Das höchstrichterliche Urteil ist publiziert in BGE 103 I a 594 ff.

Anschluss an den auf Gemeindebeschwerde hin ergangenen Regierungsstatthalterentscheid direkt den Weg ans Verwaltungsgericht zu öffnen. Wenn schon zwei kantonale Rechtsmittelinstanzen beibehalten werden sollen, so müsste hier die Wahl auf das Verwaltungsgericht fallen, da die Rechtskontrolle zu dessen ureigenstem Aufgabenkreis gehört. Der Regierungsrat käme als zweite Rechtsmittelinstanz somit nur dann zum Zuge, wenn die auf kommunalem Recht beruhende Verfügung eine Materie beschlägt, die ausserhalb des verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsbereichs liegt[303].

3.5.2. Abbruchbewilligung für Wohnbauten

Sofern sich eine Gemeinde dem WEG unterstellt hat, bedarf es für Abbruch, Zweckänderung und wesentliche Umgestaltung von Wohnungen einer Bewilligung. Diese wird durch das im Unterstellungsbeschluss als zuständig erklärte Gemeindeorgan erteilt[304]. Der Entscheid der Gemeindebehörde kann gemäss Art. 8 WEG mit *Gemeindebeschwerde* beim Regierungsstatthalter angefochten werden. Weiter sieht Art. 9 Abs. 1 WEG vor, das regierungsstatthalterliche Erkenntnis unterliege «der Weiterziehung an das Verwaltungsgericht nach den Vorschriften des Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege (Art. 70 VPRG).» Das Verwaltungsgericht hat mit Urteil vom 25. Juli 1977[305] erkannt, dem Art. 9 WEG komme im wesentlichen die Bedeutung einer besondern Zuständigkeitsvorschrift im Rahmen eines Gemeindebeschwerdeverfahrens zu, indem statt der Weiterziehungsmöglichkeit an den Regierungsrat eine solche ans Verwaltungsgericht vorgesehen werde; das könne sich aber trotz des gesetzlichen Verweises auf Art. 70 VRPG nicht auf die Überprüfungsbefugnis auswirken und dem Verwaltungsgericht volle Kognition verschaffen, weil sonst der obern Instanz eine weitergehende Überprüfung zustehe als der Vorinstanz.

Wohl ist diesen zuletzt vorgetragenen prozessualen Überlegungen grundsätzlich zuzustimmen, indessen fragt sich (es wurde bereits darauf hingewiesen[306]), ob das Verwaltungsgericht nicht

[303] Vgl. in diesem Zusammenhang auch hinten Ziffer 3.5.2. und Ziffer 5.4.
[304] Art. 1 i. V. mit Art. 4 WEG.
[305] BVR 1977, S. 370 ff Erw. 2 und 3.
[306] Siehe oben Anm. 58.

allzu viel in den Begriff Weiterziehung hineininterpretiert hat: das Rechtsmittel Weiterziehung verschafft nach den in Ziff. 2.4.1. hievor gewonnenen Erkenntnissen der angerufenen Instanz die *gleiche* Kognition wie der Vorinstanz; im Gemeindebeschwerdeverfahren ist die Überprüfungsbefugnis aber von allem Anfang an auf Rechtskontrolle beschränkt[307].

Die Rechtsmittelordnung des WEG krankt indessen nicht nur am missverständlichen Artikel 9. M. E. ist vielmehr bereits der Einstieg zum Rechtsmittelverfahren misslungen. Das WEG ist ein kantonaler Erlass. Daher wendet eine Gemeindebehörde, die über ein Abbruchgesuch für eine Wohnbaute zu entscheiden hat, *kantonales Recht* an. Bei einer solchen Ausgangslage den zur Rechtskontrolle führenden Gemeindebeschwerdeweg öffnen heisst nichts anderes, als den kantonalen Rechtsmittelinstanzen zum vorneherein die Möglichkeit nehmen, kantonal-rechtliche Ermessensentscheide zu überprüfen. Ein sachlicher Grund für diese Knebelung kantonaler Instanzen fehlt.

Die Gemeindebeschwerde erweist sich mit andern Worten immer dann, wenn im Rahmen einer kommunalen Verfügung kantonales Recht in Frage steht, als ein dem Anfechtungsobjekt nicht angepasstes erstes Rechtsmittel. Sie ist durch die Beschwerde im Sinne von Art. 32 VRPG zu ersetzen, wobei der Gesetzgeber von Fall zu Fall festzulegen hat, ob der Regierungsstatthalter oder die kantonale Fachdirektion als Beschwerdeinstanz amten soll[308]. Daran lässt sich, je nachdem ob die Materie in die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit fällt oder nicht, die Verwaltungsgerichtsbeschwerde bzw. die Weiterziehung an den Regierungsrat anschliessen[309].

3.5.3. Bewilligungen gemäss Gastwirtschaftsgesetz

Nach Art. 81 GWG kann der Patentbewerber oder Patentinhaber eine Verfügung der Volkswirtschaftsdirektion, mit welcher ein

[307] Vgl. Ziffer 2.7.2. hievor.

[308] Als systemwidrig und wenig sachgerecht erweist sich freilich eine Regelung, welche die kantonale Fachdirektion zwar als erste Beschwerdeinstanz im Anschluss an kommunale, auf kantonalem Recht beruhenden Verfügungen einsetzt, aber der Fachdirektion blosse Rechtskontrolle zugesteht: so verfährt Art. 19 Abs. 3 des neuen G vom 16. November 1978 über die Reinhaltung der Luft (LufthygieneG).

[309] Vgl. Ziffer 2.4.4. hievor und Ziffer 5.4. (Modell D) hienach.

Gastwirtschaftspatent verweigert, nicht erneuert oder entzogen wird, an den Regierungsrat weiterziehen.

An dieser Bestimmung fällt auf, dass der Gesetzgeber nur dem Patentbewerber oder Patentinhaber ein Beschwerderecht zugestanden und dementsprechend eine Beschwerderegelung auch nur für jene Fälle vorgesehen hat, in denen eine für den Patentbewerber bzw. Patentinhaber nachteilige Verfügung ergangen ist (Verweigerung, Entzug, Nichterneuerung des Patents). Die Praxis hat sich nicht an diese äusserst restriktive Umschreibung der Beschwerdebefugnis halten können. So wurde zunächst Dritten der Beschwerdeweg geöffnet, wenn sie mit dem Patentbewerber (-inhaber) in einem sog. Exklusivverhältnis standen[310]. Später erkannte das Verwaltungsgericht in einem Plenarentscheid[311], dass sich die Befugnis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde auch bei Streitigkeiten um Bewilligungen aus dem Gastwirtschaftswesen nach den Regeln des Art. 16 Abs. 1 VRPG zu richten habe und auf die enge Umschreibung in Art. 81 Abs. 2 GWG nichts ankomme. — Die Ausweitung der Beschwerdebefugnis in oberer Instanz wirkt sich auch auf die unterinstanzlichen Verfahren aus; denn hier kann, wie oben in Ziff. 1.3.2.3. dargelegt, die Beschwerdebefugnis sachgerechterweise *nicht enger* gefasst sein, als vor der obersten kantonalen Instanz.

Damit ist an sich noch nichts darüber ausgesagt, ob z. B. ein Konkurrent befugt sei, gegen die Erteilung eines neuen Gastwirtschaftspatents Einsprache bzw. Beschwerde zu erheben. Das Verwaltungsgericht hat dies bis vor kurzem stets verneint und als Begründung angeführt, der Konkurrent sei durch die Patenterteilung unter dem hier massgebenden Gesichtswinkel der Gesundheitspolizei nicht mehr als jeder andere rechtlich oder faktisch betroffen[312]. Zu Recht hat das Verwaltungsgericht in einem allerneuesten Entscheid an dieser Auffassung nicht mehr festgehalten und erkannt, der Konkurrent sei durch das Patentgesuch, sofern ihm entsprochen werde, faktisch mehr als irgendein Dritter berührt[313]. Aufgrund dieser neuen Praxis wird sich inskünftig die prozessual unbefriedigende Situation nicht mehr ein-

[310] MBVR 63/1965, Nr. 111 Erw. 2; 65/1967, Nr. 76 Erw. 2.
[311] MBVR 73/1975, Nr. 53 Erw. 2.
[312] VGE Nr. 15381 vom 12. April 1976 i. S. Balsiger.
[313] VGE Nr. 15832 vom 12. Februar 1979 i. S. Rel-Rutschi AG/Bellevue Palace AG; in der Sache selber ging es um die Erteilung eines Tanzbetriebspatents.

stellen, wonach Konkurrenten im Einspracheverfahren *materiell* zur Sache angehört, hernach aber zur Beschwerde nicht zugelassen werden.

Die Rechtsmittelordnung im GWG wirft indessen nicht nur hinsichtlich der Beschwerdebefugnis Probleme auf. Auch der Instanzenzug erscheint, so wie er heute befolgt wird, als wenig systemgerecht. Gestützt auf die Formulierung in Art. 81 Abs. 1 GWG[314] qualifizierte das Verwaltungsgericht die *Erteilung* eines Patents als letztinstanzlichen Verwaltungsentscheid im Sinne von Art. 15 VRPG und liess dagegen direkt die Verwaltungsgerichtsbeschwerde gemäss Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 lit. a VRPG zu[315]. Die *Erteilung* der Gastwirtschaftsbewilligung rechtsmittelmässig anders als die *Verweigerung* der nämlichen Bewilligung zu behandeln, leuchtet nicht ein. Eine sachliche Begründung für diesen auf Art. 81 Abs. 1 GWG fussenden Umkehrschluss fehlt. Zudem steht fest, dass der Gesetzgeber im Jahre 1937/38 Dritten kein Rechtsmittel gegen die Erteilung einer Gastwirtschaftsbewilligung in die Hand geben wollte. Der Grosse Rat hat den gemeinsamen Antrag des Regierungsrats und der vorberatenden Kommission zu Art. 81 GWG in beiden Lesungen diskussionslos angenommen[316] und damit die im Vortrag der Direktion des Innern an den Regierungsrat zh. des Grossen Rates vom Oktober 1937 geäusserte Auffassung gebilligt, dass «entsprechend dem rein persönlichen Recht des Patents nur der Patentbewerber bzw. Patentinhaber zum Rekurs berechtigt (ist), nicht aber irgendein Dritter»[317].

Die heutige Praxis weicht somit diametral von dem im Gesetzestext zum Ausdruck gekommenen Willen des Gesetzgebers ab; das legt eine Gesetzesrevision nahe.

[314] Die Bestimmung lautet: «Die Weiterziehung einer Verfügung der Direktion der Volkswirtschaft an den Regierungsrat ist bei Verweigerung, Nichterneuerung oder Entzug eines Patentes oder einer Bewilligung für Gastwirtschaftsbetriebe oder eines Patentes für den Handel mit geistigen Getränken möglich.»

[315] Erstmals so entschieden am 27. Januar 1964 MBVR 63/1965, Nrn. 110 und 111; vgl. auch MBVR 73/1975, Nr. 53 Erw. 1.

[316] Tagblatt des Grossen Rates 1937, S. 679 und Tagblatt 1938, S. 51.

[317] Tagblatt des Grossen Rates 1937, Beilage Nr. 23, Bemerkungen zu Art. 81 GWG.

4. Erkenntnisse

Aufgrund des bisher Dargelegten lässt sich folgendes erkennen:

— Die bernische Verwaltungsrechtspflege trägt dem Umstand Rechnung, dass den Behörden nicht in allen Bereichen des Verwaltungsrechts Verfügungsmacht zukommt. Das VRPG kennt daher richtigerweise sowohl die ursprüngliche wie auch die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege. Die Trennung zwischen Klage- und Beschwerdematerie wird indessen im Gesetz nicht konsequent befolgt (z. B. regierungsstatthalterliche Zuständigkeitsordnung in Art. 24 VRPG; Anwendungsbereich des Rechtsmittels Weiterziehung).

— Gesetzgeber der Praxis haben zuweilen die grundsätzliche Verschiedenheit von Klage- und Beschwerdematerie zu wenig sorgfältig bedacht. Das hat z. T. zu unzweckmässigen Instanzenzügen (Grundeigentümerbeiträge, Streitigkeiten um die Wasserversorgung, Durchführung von Ersatzvornahmen usw.) und — bedingt auch durch Lücken im verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitskatalog — zum Wegfall der verwaltungsexternen Kontrolle geführt (Beamtenrecht).

— Die Rechtsmittelordnung im Anfechtungsstreitverfahren ist wenig transparent. Das hat verschiedene Gründe:
  -- Im VRPG fehlt für das Anfechtungsstreitverfahren ein Anknüpfungspunkt. Die Grundlage der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege, das nichtstreitige Verwaltungsverfahren, ist im DelG geregelt; der Zusammenhang zwischen diesen beiden Verfahrensstadien ist nicht sichtbar.
  -- Die Beschwerde, welche die Brücke vom (nichtstreitigen) Verwaltungsverfahren zur (streitigen) Verwaltungsrechtspflege schlägt, wird gleichsam nur beiläufig unter den allgemeinen Verfahrensgrundsätzen erwähnt.
  -- Mit dem Begriff Einsprache werden mehrere Rechtsinstitute benannt, die in ihren Funktionen z. T. erheblich voneinander abweichen, denen aber zuweilen doch eindeutig

Rechtsmittelcharakter eignet. Diese undifferenzierte Bezeichnung schafft Unklarheiten.

-- Die Prozessbeschwerde hat ihre Funktion als Instrument im Rahmen der disziplinarischen Verantwortlichkeit eingebüsst. Die Existenzberechtigung dieses Rechtsmittels ist fragwürdig geworden.

-- Der Gesetzgeber selber missachtet Sinn und Zweck der Gemeindebeschwerde, wenn er dieses Rechtsmittel gegen Verfügungen zulässt, die zwar durch Gemeindeorgane gefällt werden, aber auf kantonalem Recht beruhen (z. B. Art. 8 WEG). Anfechtungsobjekt und Rechtsmittel passen nicht zueinander; denn es erscheint als sachwidrig, in solchen Fällen den kantonalen Rechtsmittelinstanzen von Anfang an nur Rechtskontrolle einzuräumen.

-- Das VRPG kennt zwar Spezialkommissionen und die Kantonale (Steuer-)Rekurskommission als Verwaltungsjustizbehörden; das entsprechende Rechtsmittel, der Rekurs, wird aber nicht genannt.

-- Das Rechtsmittel Weiterziehung stiftet allein schon wegen seines Namens Verwirrung, weil in Sacherlassen gebräuchlich ist, die generelle Anfechtungsmöglichkeit mit Wendungen wie «kann weitergezogen werden» oder «ist weiterziehbar» auszudrücken, auch wenn die Weiterziehung als Rechtsmittel nicht in Frage kommt.

-- Der Gesetzgeber übt zu wenig Begriffsdisziplin: So wird Einsprache geheissen, was als Rekurs qualifiziert werden müsste (z. B. Art. 47 Brandvers.G); es wird von Weiterziehung gesprochen, wo nur eine Verwaltungsgerichtsbeschwerde in Frage kommt (z. B. Art. 62 BauG); statt «beim Verwaltungsgericht anfechten», heisst es «rekurrieren» (Art. 19 Dekret über die Anwaltsgebühren); der Rekurs wird mit der Weiterziehung verwechselt (Paragraph 9 Vo über die Kontrolle und Verwendung von Jagdwaffen) oder die Weiterziehung an die Stelle der Beschwerde gesetzt (Art. 81 Abs. 1 GWG); eine Rekurskommission entscheidet über Beschwerden statt über Rekurse (Art. 3 Gesetz über den Strassenverkehr) usw.

— Das Spannungsverhältnis zwischen den beiden Rechtsmitteln Verwaltungsgerichtsbeschwerde und Weiterziehung, welches grösstenteils auf missverständlicher Gesetzesredaktion beruht, hat sich vor allem in Fehlleistungen bezüglich der Überprüfungsbefugnis niedergeschlagen (z. B. bei der Anfechtung

von Beschwerdeentscheiden betreffend Schleifungen, bei der Überprüfung von Alkohol- bzw. Wirtshausverboten, bei der Kontrolle von Vollzugskostenbeitragsverfügungen gemäss Jugendrechtspflegegesetz usw.).

— Es zeigt sich, dass sachgerechter Rechtsschutz zuweilen nur gewährt werden kann, wenn im Sacherlass die Ueberprüfungsbefugnis gegenüber der generellen Umschreibung im Verfahrensgesetz modifiziert wird. Das geschieht zweckmässigerweise so, dass im Sacherlass die Rügegründe den Besonderheiten des Anfechtungsgegenstandes angepasst werden (so z. B. bei der Anfechtung von Prüfungsergebnissen).

— Die bernische Verwaltungsrechtspflege kennt z. T. allzulange Instanzenzüge (z. B. Baubeschwerdeverfahren, Gemeindebeschwerdeverfahren). Mitunter leidet sie auch am Gegenteil, also an unzweckmässig verkürzten Instanzenzügen (z. B. Zulässigkeit der Verwaltungsgerichtsbeschwerde direkt gegen kommunale Verfügungen, vgl. z. B. Art. 84 Abs. 2 SBG, Art. 77 Abs. 3 BauG, Art. 83 Abs. 2 BauG).

— Die Folgerichtigkeit der Rechtsmittel ist auch unter einem anderen Gesichtspunkt nicht immer mit der nötigen Sorgfalt bedacht worden: So wird optimaler Rechtsschutz nicht dadurch erreicht, dass eine Verfügung nacheinander bei drei verschiedenen kantonalen Rechtsmittelinstanzen angefochten werden kann, denen samt und sonders die gleiche Überprüfungsbefugnis zusteht (vgl. dazu den Fall «Jacquemin»).

— Der Natur der Sache nach eignen sich nicht alle Anfechtungsstreitigkeiten zur verwaltungsexternen Kontrolle (z. B. Verfügungen aus den Bereichen Planungsrecht, Beamtenrecht, Subventionsgewährung). Daher ist die Frage nach der Justiziabilität nicht zu umgehen, wenn es gilt, im Rahmen der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege den Instanzenzug festzulegen.

— Es gibt Widersprüche zwischen Sacherlass und Verfahrensgesetz, indem der eine Erlass ein Rechtsmittel vorsieht, der andere es aber ausschliesst. Als besonders drastisches Beispiel ist auf den gegenseitigen Zuständigkeitsausschluss im BerufsbildungsG und im VRPG bei Streitigkeiten um die Bewilligung zur Ausbildung von Lehrlingen hinzuweisen (vgl. weiter Art. 15 Abs. 1 Ziff. 2 VRPG i. V. mit Art. 20 der Vo über die Eignungsprüfung für Jäger sowie die Rechtsmittelordnung bei der Anfechtung von beruflichen Fähigkeitsausweisen).

— Zuweilen mangelt es an der Koordination zwischen der kantonalen Verfahrensordnung und dem Bundesrecht. So erscheint die Gemeindebeschwerde gemessen an ihrem Sinn und Zweck und auch wegen der Ausgestaltung des Instanzenzugs kaum als geeignetes Rechtsmittel, um gegen eine auf Bundesrecht beruhende Verfügung eingesetzt zu werden (Kanalisationsanschlussverfügungen). Disharmonie besteht ferner zwischen der bernischen und der eidgenössischen Bestimmung betr. die Überprüfungsbefugnis in Fällen, wo ein Verwaltungsgerichtsentscheid beim Bundesgericht angefochten werden kann und dieses, wie z. B. im Gewässerschutzrecht (Art. 10 GSchG), den angefochtenen Entscheid auch auf Ungemessenheit hin überprüft. — Anderes gilt für die Vorschrift über die Befugnis zur Verwaltungsgerichtsbeschwerde. Insoweit steht die bernische mit der bundesrechtlichen Regelung in Einklang. Die epochemachende Formulierung in Art. 16 Abs. 1 VRPG ist rückblickend als (einziges) Glanzstück des Gesetzes zu bezeichnen.

All diese Feststellungen belegen, dass das bernische Verwaltungsrechtspflegegesetz mit etwelchen gesetzessystematischen Ungereimtheiten behaftet ist. Mängel weist insbesondere auch die Rechtsmittelordnung auf. Sie wird z. T. den Bedürfnissen der Praxis nicht mehr gerecht und stellt eine effiziente Verwaltungsrechtspflege in Frage. Abhilfe schafft nur eine *Totalrevision des VRPG*.

5. Grundfragen einer Neuordnung

5.1. Prämissen

Das bernische Anfechtungsstreitverfahren reformieren heisst im wesentlichen die entsprechende Rechtsmittelordnung ändern. Solches ist bei der jetzigen Systematik des VRPG — man denke bloss an die vielgestaltige Bedeutung des Rechtsmittels «Weiterziehung» — ohne erhebliche Eingriffe in das bestehende Rechtsmittelgefüge nicht zu bewerkstelligen. Deshalb kommt die Neuordnung des Anfechtungsstreitverfahrens der Neuordnung des VRPG gleich.

Jede Verwaltungsrechtspflegereform wird sich sachgerechterweise innerhalb gewisser Eckpunkte abwickeln müssen. Im folgenden sollen einige dieser Punkte aufgezeigt werden.

5.1.1. Trennung von Klage- und Beschwerdeverfahren

Der Gesetzgeber bestimmt im Sacherlass, ob der zuständigen Behörde Verfügungsmacht zukommt oder nicht[318]. Diese Unterscheidung zwischen Klage- und Beschwerdematerie darf rechtsmittelmässig nicht verwässert werden. Polyvalente Rechtsmittel wie die Weiterziehung gemäss Art. 70 ff VRPG stiften Verwirrung. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz soll das Klage- vom Beschwerdeverfahren strikte trennen und zusätzlich sichtbar machen, dass letzterem das sog. nichtstreitige Verwaltungsverfahren vorausgeht. Verwaltungsverfahren und Anfechtungsstreitverfahren sind, nebst dem Klageverfahren, mit Vorteil im gleichen Erlass zu regeln.

[318] Siehe vorn Ziffer 1.4.

5.1.2. Zweistufigkeit des Verfahrens

Das Verwaltungsrechtspflegeverfahren soll grundsätzlich zweistufig ausgestaltet sein. Für das Klageverfahren ist somit *eine* Appellationsinstanz einzurichten, während bei der nachträglichen Verwaltungsrechtspflege im Anschluss an das (nichtstreitige) Verwaltungsverfahren *zwei Beschwerdeinstanzen* vorzusehen sind. Abweichungen von dieser Regel sind in die Sacherlasse aufzunehmen.

Der Grundsatz der Zweistufigkeit ermöglicht namentlich auch im Anfechtungsstreitverfahren eine sachgerechte Überprüfung der Verfügung: zunächst mit voller Kognition durch ein Organ der Verwaltung (verwaltungsinterne Verwaltungsrechtspflege) und alsdann — beschränkt auf Rechtskontrolle — durch eine verwaltungsunabhängige Justizbehörde. Zudem weitet die Zweistufigkeit des Verfahrens den Instanzenzug nicht unnötig aus und hält so die Prozessdauer in zumutbaren Grenzen[319]. Das Zweistufigkeitsprinzip trägt mit anderen Worten dazu bei, *optimalen* (nicht maximalen) Rechtsschutz zu gewähren[320].

5.1.3. Schranken gerichtlicher Kontrolle

Für die verwaltungsgerichtliche Kontrolle von Anfechtungsstreitigkeiten gibt es Schranken. Sie gründen auf staatspolitischen Überlegungen und beschlagen den Bereich des administrativen Ermessens, zu welchem letztlich auch die sog. Regierungsakte gehören[321]. Die gesamte Verwaltungsrechtspflege leidet Schaden, wenn diese Schranken missachtet werden. Denn das Verwaltungsgericht «ist zum Entscheid in Ermessenssachen in der Regel eher weniger gut oder jedenfalls nicht besser qualifiziert als die sachkundige Verwaltungsbehörde. Daher sollte es mit Materien, in denen sich vorwiegend Ermessensfragen stellen, wenn immer möglich verschont werden. Würden ihm wahllos Ermessenssachen zugewiesen, so würde es wirklich zu einer Art Oberverwaltungsbehörde, was mit seiner Aufgabe und mit seiner staatsrechtlichen Stellung nach unsern schweizerischen Begriffen nicht vereinbar wäre. Die Verantwortlichkeit für den guten Gang der

[319] Vgl. hinten Ziffer 5.5.

[320] Zu dieser Zielsetzung vgl. auch *Sommer*, S. 156.

[321] Vgl. dazu *Saladin*, Erweiterung, S. 67 ff; *Margrit Schilling*, S. 77 ff; *Ule*, S. 13 ff.

Verwaltung würde in unerträglicher Weise gespalten und verwischt. Die Verwaltungsgerichtsbarkeit würde überfordert; sie würde die in sie gesetzten Erwartungen enttäuschen»[322].

Die Grenzen gerichtlicher Kontrolle des Verwaltungshandelns sind einerseits bei der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeitsregelung und anderseits bei der Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Überprüfungsbefugnis zu beachten. Hinsichtlich der Überprüfungsbefugnis erscheint für das Anfechtungsstreitverfahren als sachgerecht, im Prozessgesetz die Rechtskontrolle zu verankern und einen Vorbehalt zur Kognitionserweiterung lediglich für Fälle vorzusehen, in denen dem Bundesgericht als nachfolgende Beschwerdeinstanz auch die Ermessenskontrolle zusteht. Gesetzestechnisch bedeutend schwieriger ist es, die gerichtlich anfechtbaren von den andern Verwaltungsakten zu trennen. Darauf wird später zurückzukommen sein[323].

5.1.4. Materielles Recht — Prozessrecht

Die Rechtsordnung vermag nur zu befriedigen, wenn materielles Recht und Prozessrecht miteinander harmonieren. Dieses Axiom will in einem Bundesstaat nicht bloss innerkantonal, sondern auch im Verhältnis Bund und Kanton (materielles Bundesrecht und kantonales Verfahrensrecht) beachtet sein. Das angesprochene Koordinationsproblem aktualisiert sich vor allem dann, wenn — wie das gegenwärtig zu beobachten ist — der Vollzug des Bundesrechts mehr und mehr den Kantonen übertragen wird[324]. Der sog. Vollzugsföderalismus bereitet vor allem Schwierigkeiten in bezug auf die Koordination des Verfügungsbegriffs, der Beschwerdebefugnis, der Kognition und des Wechsels vom kantonalen zum eidgenössischen Instanzenzug[325].

Ungenügende kantonale Verfahrensvorschriften können eine Vereitelung von Bundesrecht bewirken, was einen selbständigen

322 *Eggenschwiler*, S. 186/87.

323 Siehe hinten Ziffer 5.3.

324 *Fritz Gygi* stellt in seiner Besprechung der verwaltungsrechtlichen Bundesgerichtsentscheide aus dem Jahre 1976 (in: ZBJV 114/1978, S. 111) fest, in neuerer Zeit richteten sich «zwei Drittel der Verwaltungsgerichtsbeschwerden gegen kantonale Verfügungen in Anwendung von öffentlichem Recht des Bundes.»

325 Eingehend zum Problemkreis «Bundesrecht und kantonales Prozessrecht» äussern sich *Kölz/Kottusch*, 421 ff.

Rügegrund vor eidgenössischen Beschwerdeinstanzen abgibt. Zuweilen hilft die bundesrechtskonforme Auslegung weiter. Indessen bildet eine dem Bundesrecht nur bei äusserster Dehnung gerecht werdende kantonale Verfahrensnorm allemal Ursache für Rechtsunsicherheiten. Der kantonale Gesetzgeber kommt nicht umhin, die skizzierte Problematik in seine Erwägungen einzuschliessen, wenn er eine sachgerechte Verfahrensordnung schaffen will.

5.2. Regierungsrat als Verwaltungsjustizbehörde

Dem Regierungsrat fällt gemäss Kantonsverfassung[326] ein dreiteiliger Funktionsbereich zu: Als *politische Behörde* hat er den Kanton nach aussen zu vertreten. Abgesehen von den eigentlichen Wahlsachen hat der Regierungsrat alle Geschäfte vorzubereiten, die vom Grossen Rat zu behandeln sind; an dessen Verhandlungen nimmt er mit beratender Stimme teil. Dem Regierungsrat steht auch das Recht zu Verfassungs- und Gesetzesinitiativen zu. Weiter ist der Regierungsrat *oberste Verwaltungsbehörde* und als solche verantwortlich für das Funktionieren der gesamten Verwaltung. Schliesslich ist der Regierungsrat *Verwaltungsjustizorgan*, das gemäss Art. 40 KV oberinstanzlich alle Verwaltungsstreitigkeiten entscheidet, «welche nicht durch das Gesetz in die endliche Kompetenz des Regierungsstatthalters gestellt oder einem besondern Verwaltungsgericht zugewiesen werden»[327].

Zuweilen wird argumentiert, die verwaltungsrechtspflegerische Funktion des Regierungsrats ergebe sich ohne weiteres aus dessen Stellung als oberste Verwaltungsbehörde; als Beschwerdeinstanz könne der Regierungsrat in geeignetster Weise seiner Aufsichtspflicht gegenüber untergeordneten Amtsstellen nachkommen, auf

[326] Art. 36—43 KV.

[327] Vgl. zum Funktionsbereich des Regierungsrates: *Ergänzungsbericht*, Ziffer II. Darin führte die Kantonale Justizdirektion zur Bedeutung von Art. 40 KV wörtlich aus: «Gestützt auf diese Verfassungsbestimmung ist der Gesetzgeber frei, nach seinem Ermessen die verschiedenen möglichen Verwaltungstreitigkeiten unter die verschiedenen bestehenden Verwaltungsjustizbehörden zu verteilen oder sogar einer neu zu schaffenden Justizbehörde zuzuweisen. Er hat einzig dafür zu sorgen, dass zur Beurteilung jeder vorkommenden Streitigkeit eine zuständige Justizbehörde vorhanden ist.»

deren Tätigkeit einwirken und die Verwaltungspraxis vereinheitlichen[328]. Theoretisch überzeugt das. Praktisch fragt sich aber, ob der Regierungsrat als Gesamtbehörde denn auch ein taugliches Verwaltungsjustizorgan darstelle, wie das die Befürworter regierungsrätlicher Verwaltungsrechtspflege offenbar als selbstverständlich annehmen.

Zweifel an der Geeignetheit des Regierungsrats als Verwaltungsjustizbehörde wurden bereits früh von berufener Seite geäussert. Schon *Max Imboden* und *Henri Zwahlen* haben in ihren 1947 verfassten Referaten für den Schweizerischen Juristenverein die Schwächen regierungsrätlicher Verwaltungsrechtspflege schonungslos aufgedeckt[329]. Kritisiert wurden insbesondere zwei Dinge: Einmal, dass derjenige Direktionsvorsteher, aus dessen Geschäftsbereich der angefochtene Entscheid stammt, regelmässig mit beratender und mitentscheidender Stimme an der Behandlung *aller* Justizgeschäfte des Regierungsrats teilnimmt[330]. Zum zweiten, und das ist gewichtiger, wird beanstandet, dass der Regierungsrat seinen Aufgaben als Verwaltungsjustizbehörde infolge anderweitiger Beanspruchung nur noch dadurch gerecht werden kann, dass er die Vorbereitung der Entscheide — also sowohl die Prozessinstruktion (nota bene in einem vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren) wie auch die Antragstellung (Beschlussesentwurf) — auf die ihm unterstellten Beamten überträgt[331]. *Max Imboden*[332] führte dazu aus: «Jeder zweitinstanzliche Richter weiss aber, wie schwer es oft hält, sich von dem an sich konsequenten, aber auf den zu beurteilenden Fall doch nicht voll zutreffenden Erwägungen eines erstinstanzlichen Urteils zu lösen. Nicht weniger schwer muss es für den Departementsvorsteher und für das Regierungskollegium sein, einen von einem Beamten vorbereiteten und *an sich* über-

328 Vgl. *Margrit Schilling,* S. 70 ff und S. 127 f, mit weitern Hinweisen.

329 *Imboden,* Erfahrungen, S. 38 a—54 a; *Zwahlen,* S. 115 a—127 a.

330 Vgl. immerhin Art. 7 lit. d des Dekrets über die Organisation des Regierungsrates und der Präsidialabteilung (BSG 152.01).

331 Art. 8 des Dekrets über die Organisation des Regierungsrates (vgl. Anm. 330) bestimmt: «Der Regierungsrat fasst seine Beschlüsse in der Regel aufgrund eines Berichts und eines Beschlussesentwurfs der Direktion, zu deren Aufgabenkreis das Geschäft gehört. Bericht und Beschlussesentwurf müssen vom Direktionsvorsteher oder seinem Stellvertreter unterzeichnet sein.» — Die Verwaltungs*justiz*geschäfte weichen von dieser Regel nicht ab.

332 Erfahrungen, S. 44 a.

zeugend wirkenden Entscheidungsantrag auf seine letzten und im Antrag oft selbst nicht voll ausgesprochenen Annahmen zu überprüfen. Die Beschlussfassung durch die Exekutive wird oft zur reinen Formalität.» Die mit der verwaltungsinternen Rechtspflege Vertrauten werden bestätigen müssen, dass sich in dieser Beziehung die Verhältnisse während der letzten 30 Jahre nicht geändert haben.

Der regierungsrätlichen Verwaltungsrechtspflege sind freilich weitere, systemimmanente Mängel eigen: Gemäss Art. 2 des Dekrets über die Organisation der Justizdirektion[333] besorgt die Justizdirektion für den Regierungsrat die Instruktion und die Abfassung des Beschlussesentwurfs bei Beschwerden, die sich gegen Entscheide anderer Direktionen richten. Dem Regierungsrat obliegen Rechts- und auch Ermessenskontrolle. Deshalb muss die antragstellende Justizdirektion den angefochtenen Verwaltungsakt auch unter dem zuletzt genannten Gesichtswinkel prüfen. Soweit dabei reine Sachfragen zu beantworten sind, ist die Justizdirektion dazu nicht besonders prädestiniert. Es liegt für sie nahe, auf die von Dekrets wegen[334] bei der Fachdirektion eingeholte Vernehmlassung abzustellen[335]. Die Postulate «Sachkompetenz» und «Unabhängigkeit» der Justizbehörde kommen einander in die Quere. — Endlich stellt sich eine kantonale Justizbehörde bis zu einem gewissen Grade selber in Frage, wenn sie es unter Hinweis auf ihre verfassungsmässige Stellung ablehnt bzw. glaubt ablehnen zu müssen, im Anwendungsfall auf entsprechende Rüge hin zu prüfen, ob kantonale Normen mit der Bundesverfassung vereinbar seien[336].

[333] BSG 152.221.131.

[334] Art. 2 Abs. 1, 2. Satz des Dekrets über die Organisation der Justizdirektion.

[335] *Saladin*, Erweiterung, S. 68, erklärt in diesem Zusammenhang zutreffend, dass die Regierung eine gewisse Scheu davor haben werde, «die Untergebenen eines (ihrer) Mitglieder in Ermessensfragen völlig zu desavouieren», und dass zur Beurteilung rein technischer Fragen die Regierung als Justizbehörde wie das Gericht gleichermassen auf eine Expertise angewiesen sei.

[336] In einem neuern Entscheid trat der Regierungsrat auf ein entsprechendes Vorbringen — gerügt wurde die Verfassungswidrigkeit gewisser Bestimmungen des KirchensteuerD — nicht ein (BVR 1978, S. 230, Erw. 2 b). Vgl. dazu BGE 104 I a 82, Erw. 2 a (= BVR 1978, S. 238/39). Zur Uneinheitlichkeit der regierungsrätlichen Praxis in diesem Punkt vgl. Anm 147 hievor.

Zusammenfassend ist daher festzuhalten, dass die regierungsrätliche Verwaltungsjustiz — systembedingt — kaum Wesentliches zur Vereinheitlichung der Verwaltungspraxis beitragen kann. Es leuchtet auch nicht ein, wie die Regierung beim gegenwärtig gehandhabten System regierungsrätlicher Verwaltungsrechtspflege in mehr als marginaler Weise sollte Einfluss auf die Tätigkeit der einzelnen Verwaltungszweige nehmen können. Ein Hauptargument der Befürworter umfassender regierungsrätlicher Verwaltungsjustiz erweist sich damit als ausgesprochen schwacher Trumpf. Überdies ist unbestreitbar, dass die faktische Preisgabe des Kollegialprinzips den Rechtsschutzgedanken beeinträchtigt; denn «in dem Masse, in dem die Verwaltungsrechtsbesprechung von dem nach aussen verantwortlichen Behördenkollegium an den Beamtenapparat übergeht, geht der Bürger jener Garantie verlustig, die im vorigen Jahrhundert als Sinn und Rechtfertigung der verwaltungsinternen Verwaltungsjustiz angesehen wurde: der Gewissheit nämlich, dass es die vom Volk gewählten und dem Volk verantwortlichen Behördenmitglieder sind, die über die Angelegenheiten des Einzelnen entscheiden»[337].

All diese Gründe relativieren die Geeignetheit des Regierungsrats als Verwaltungsjustizbehörde ganz erheblich. Jedenfalls kann nicht gesagt werden, mit dem Verzicht darauf, das verwaltungsinterne Anfechtungsstreitverfahren generell bis zur Verwaltungsspitze zu führen, werde die Rechtssicherheit in der Verwaltungsrechtspflege in Frage gestellt[338]. Vielmehr scheint dem Zweck der Verwaltungsrechtspflege[339] förderlich, die Regierung von ihrer Aufgabe als Verwaltungsjustizbehörde soweit als möglich zu entbinden, die (notwendige) verwaltungsinterne Ermessenskontrolle auf die Fachdirektionen zu übertragen und als zweite Beschwerdeinstanz zwecks Rechtskontrolle das Verwaltungsgericht einzusetzen. Das sind keine neuen Erkenntnisse[340]. Sie in die Wirklichkeit umzusetzen, ist, wie die Erfahrung bei Verwaltungsrechtspflegereformen in andern Kantonen (z. B. St. Gallen, Luzern, Wallis) lehrt, nicht einfach. Dies um so weniger, als die

337 *Imboden,* Erfahrungen, S. 45 a; vgl. auch *Zwahlen,* S. 119 a f.

338 A. M. sind *Margrit Schilling,* S. 127 ff; *Hoby,* S. 154 ff, und, bezogen auf luzernische Verhältnisse, *Stutz,* S. 394.

339 Vgl. hiezu oben Ziffer 1.2.

340 Vgl. *Imboden,* Erfahrungen, S. 75 a ff; *Bosshart,* S. 131 f; *Müller,* S. 169 ff.

— teilweise — Ersetzung des Regierungsrats als verwaltungsintern letzte Beschwerdeinstanz dazu zwingt, die Verfügungen auf Stufe Amt bzw. je nach Materie auf Stufe Regierungsstatthalter oder Gemeindebehörde zu erlassen. Zum Teil sind dabei bisherige Strukturen zu verändern. Indessen ist dieses wohl eher politisch als rechtlich gefärbte Problem bei einer entsprechenden Organisation der Direktionen ohne weiteres lösbar. Not tut freilich, sich zu besinnen, welche Aufgaben die verschiedenen Träger der Verwaltungsrechtspflege sachgerecht zu lösen imstande sind.

5.3. Generalklausel — Enumeration

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts kann im Prozessgesetz auf verschiedene Weise umschrieben werden. In Frage kommt einmal das System der sog. Generalklausel. Danach können alle Anfechtungsstreitigkeiten bis ans Verwaltungsgericht gezogen werden. Gegenstück zur Generalklausel bildet die Enumerationsmethode. Sie zählt die der Verwaltungsgerichtsbeschwerde unterliegenden Verwaltungsakte einzeln auf. — In reiner Form erscheint keine der beiden Methoden als praktikabel. Diese nicht, weil sie zu einer kaum mehr überblickbaren Aufzählung führt, und jene scheidet aus, weil sich nicht alle Anfechtungsstreitigkeiten zur verwaltungsgerichtlichen Kontrolle eignen, so dass der Generalklausel sachgerechterweise ein mehr oder weniger umfangreicher Ausnahmekatalog beigefügt werden muss. — Zwischen der durch Ausnahmen modifizierten Generalklausel und der strengen Enumeration liegt als dritte Variante die Aufzählung von Teilgeneralklauseln. Bei diesem Vorgehen sind sämtliche Verfügungen aus enumerierten Sachbereichen (z. B. Baurecht, Steuerrecht) oder sämtliche einer typischen Verfügungsform entsprechenden Anordnungen (z. B. Entzug von Bewilligungen, Verfügungen über die Entrichtung oder Rückerstattung einer staatlichen Abgabe) beim Verwaltungsgericht anfechtbar[341].

Die Prozessgesetze des Bundes und der Kantone zeugen von den Schwierigkeiten bei der Methodenwahl[342]. Die (modifizier-

[341] Vgl. *Imboden*, Staatsbürger und Staatsgewalt, S. 320.

[342] In der BRD gilt gestützt auf die in Art. 19 Abs. 4 des Grundgesetzes verankerte sog. Rechtsweggarantie die Generalklausel (vgl. dazu *Ule*, S. 14 ff).

te) Generalklausel findet sich z. B. in den Verwaltungsprozessen der Kantone Basel-Stadt und Basel-Land, Schaffhausen, Solothurn, Luzern, Wallis und Jura sowie im Bundesrecht (OG). Im Kanton Genf gilt die strikte Enumeration. Die Kantone Zürich, Bern, St. Gallen und Aargau haben sich dagegen für das System der Teilgeneralklauseln entschieden. Die Gründe, welche im Laufe der Zeit für und wider die verschiedenen Methoden vorgebracht wurden, sind mannigfaltig[343]. Zudem findet sich auch innerhalb der jeweiligen Regelungsgruppen kein einheitliches Vorgehen. So kommt z. B. der Kanton Schaffhausen ohne eine Ausnahme zur Generalklausel aus, während man in den andern, der Generalklausel verpflichteten Kantonen unterschiedlich lange Ausnahmekataloge aufgestellt hat, wobei der Kanton Luzern, als weitere Variante, ins Verfahrensgesetz nur allgemeine (prozessrechtliche) Ausnahmeklauseln aufgenommen und die übrigen (materiellen) Ausnahmen in den einzelnen Sacherlassen geregelt hat. Endlich stimmen auch die Teilgeneralklauseln in den Kantonen Bern, Zürich, St. Gallen und Aargau bloss partiell überein. Es ist somit festzustellen, dass die bundesstaatlichen Eigenarten bei der Umschreibung der verwaltungsgerichtlichen Zuständigkeit Urständ feiern; jeder Versuch einer systematischen Bestandesaufnahme ist praktisch zum Scheitern verurteilt.

Die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts regeln heisst zunächst, sich der Schranken verwaltungsgerichtlicher Kontrollmöglichkeiten erinnern. Konkret: die gerichtlich anfechtbaren Verwaltungsakte sind von den andern Verwaltungsakten zu trennen. Als Abgrenzungskriterium ist das administrative Ermessen heranzuziehen[344]. Diese Abgrenzung wird aber dem Gesetzgeber aller Erfahrung nach nicht lückenlos gelingen. Es wird immer wieder Verwaltungsakte geben, über deren Justiziabilität sich der Gesetzgeber aus irgendwelchen Gründen nicht ausgesprochen hat. In solchen Fällen ist von Belang, ob die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit nach der (modifizierten) Generalklausel oder nach der (modifizierten) Enumerationsmethode geordnet ist. Je nachdem wird über diese «nicht berücksichtigten Materien» das Verwaltungsgericht oder aber der Regierungsrat letztinstanzlich urteilen. Diese Konsequenz des einmal gewählten Vorgehens kann indessen kaum *allein* den Ausschlag für eine der

343 Vgl. die Zusammenstellung bei *Bosshart*, S. 98 ff.
344 Siehe vorn Ziffer 5.1.3. und die in Anm. 321 zitierten Autoren.

beiden Methoden geben. Weitere Gesichtspunkte fallen in Betracht. In der breit angelegten Diskussion um das Für und Wider der in Frage stehenden Methoden wurden an bedenkenswerten Argumenten vorgebracht[345]:

— Die Enumerationsmethode biete bessere Gewähr dafür, dass der Verwaltungsgerichtsbarkeit wirklich nur jene Materien unterstellt würden, die sich hiefür eigneten, denn die Enumerationsmethode zwinge im Gegensatz zur Generalklausel dazu, die Justiziabilität jeder einzelnen Materie zu prüfen[346].

— Die Enumerationsmethode sei zu wählen, weil es ein staatspolitisches Interesse an der Beschränkung der richterlichen Kompetenz gebe[347].

— Der Rechtsstaat lasse sich nur mittels der Generalklausel konsequent verwirklichen[348].

— Den Aufgaben der gerichtlichen Verwaltungsrechtspflege werde nur die weitgegend uneingeschränkte Generalklausel gerecht, weil erst sie dem Richter ermögliche bzw. ihn zwinge, sich intensiver mit der Rechtsfortbildung zu befassen[349].

Nebst diesen zum Teil staatspolitisch bedeutsamen Überlegungen wird der Verfahrensgesetzgeber schliesslich auch nicht ausser acht lassen dürfen, dass den Bedürfnissen der Praxis nur eine *leicht durchschaubare Regelung* zu genügen vermag.

Wenn ein Verwaltungsrechtspflegegesetz, das die sachliche Zuständigkeit des Verwaltungsgerichts mittels Teilgeneralklauseln ordnet, umfassend revidiert werden soll, so wird sich unweigerlich die Frage nach dem Wechsel zum System der Generalklausel stellen. Die Antwort darf m. E. nicht gleichsam im luftleeren Raum erteilt werden. Vielmehr hat sich der Gesetzgeber zunächst aufgrund des geltenden materiellen Rechts einen Überblick über die zur gerichtlichen Kontrolle ungeeigneten Verwaltungsakte zu verschaffen. Als Arbeitshypothese scheint dabei zweckmässig, die Generalklausel zu unterstellen und alsdann die nicht justiziablen

345 Illustrativ ist die Zusammenstellung der verschiedensten Argumente und Gegenargumente bei *Bosshart*, S. 98 ff.
346 Vgl. *Eggenschwiler*, S. 191.
347 Vgl. *Hoby*, S. 162.
348 Vgl. *Müller*, S. 174 ff mit weitern Hinweisen.
349 Vg. *Gygi*, Verwatungsgerichtsbarkeit, S. 297 f.

Materien aufzulisten[350]. Ohne dieses Basiswissen lassen sich die vorhin genannten Argumente nur schwer auf ihre Stichhaltigkeit überprüfen.

Unabhängig davon, ob die verwaltungsgerichtliche Zuständigkeit auf dem Wege der Generalklausel oder nach dem Enumerationsprinzip geregelt wird, ist darauf zu achten, dass für jene Verfügungen, welche sich zugleich auf kantonales und auf Bundesrecht stützen (gemischtrechtliche Verfügungen), keine Konkurrenz zwischen der kantonalen und der eidgenössischen Verwaltungsgerichtsbeschwerde entsteht. Eine Gabelung in dem Sinne, dass der bundesrechtliche Teil der Verfügung beim Bundesgericht und der kantonalrechtliche Teil der Verfügung beim kantonalen Verwaltungsgericht angefochten werden muss, ist zu vermeiden; denn sie zwingt den Rechtsuchenden, zur Fristwahrung zwei Rechtsmittel einzulegen, und verlängert überdies das Verfahren, weil regelmässig eine der beiden angerufenen Instanzen den bei ihr anhängig gemachten Prozess sistieren wird[351]. Sachgerecht ist daher bloss jene Zuständigkeitsregelung, die dem kantonalen Verwaltungsgericht in gemischtrechtlichen Fällen auch die Überprüfung des Bundesrechts aufträgt und die kantonale Verwaltungsgerichtsbeschwerde nicht ausschliesst, wenn parallel dazu die eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde möglich wäre. Im Kanton Bern ist dieses Postulat bereits erfüllt: Nach der seit dem 1. Januar 1978 in Kraft stehenden Fassung des Artikels 21 VRPG ist die Verwaltungsgerichtsbeschwerde nur noch ausgeschlossen, wenn gegen eine Verfügung «die Beschwerde an den Grossen Rat, den Bundesrat oder eine ihm nachgeordnete eidgenössische Behörde zulässig ist.» Diese Regelung erweist sich auch mit Blick auf die im Anschluss an den Entscheid des kantonalen Verwaltungsgerichts mögliche eidgenössische Verwaltungsgerichtsbeschwerde als zweckmässig. Mit diesem Rechtsmittel lässt sich in gemischtrechtlichen Fällen nicht nur eine Verletzung des Bundesrechts, sondern auch die Verletzung verfassungsmässiger Rechte rügen. Die eidgenössische

350 Solche Listen wurden bei der Neuordnung der *luzernischen* Verwaltungsrechtspflege erstellt: Botschaft des Regierungsrates des Kantons Luzern an den Grossen Rat vom 15. März 1971, Randziffer 227. Vgl. auch die Bemerkungen von *Stutz*, S. 396 f.

351 Vgl. *Kölz/Kottusch*, S. 454 ff; *Sommer*, S. 157.

Verwaltungsgerichtsbeschwerde übernimmt mit andern Worten insoweit die Aufgaben der staatsrechtlichen Beschwerde[352]. Das oben skizzierte Vorgehen vereinfacht das Verfahren, schmälert aber den Rechtsschutz des Bürgers in keiner Weise.

Anzumerken bleibt, dass im Kanton Bern ein Wechsel zur (modifizierten) Generalklausel eine Verfassungsänderung bedingt; denn nach Art. 40 KV[353] ist der Regierungsrat und nicht das Verwaltungsgericht die vermutungsweise letztinstanzlich zuständige Verwaltungsjustizbehörde[354].

5.4. Instanzenzug

Sachgerechte nachträgliche Verwaltungsrechtspflege verlangt nach unterschiedlich strukturierten Instanzenzugsmodellen. Ausgehend von der grundsätzlichen Zweistufigkeit des Anfechtungsstreitverfahrens, sind beim Festlegen der Instanzenfolge sowohl die Besonderheiten typischer Anfechtungsgegenstände (z. B. Verfügungen gestützt auf kantonales oder kommunales Recht; Einzel- oder Massenverfügung) als auch die unterschiedlichen Erkenntnisfähigkeiten der potentiellen Rechtsmittelbehörden zu beachten. Bedeutsam ist ferner, auf welcher hierarchischen Stufe sich das Verwaltungsverfahren abgespielt hat. — Kurz: es geht darum, die Rechtsmittelordnung in sachgerechter Weise auf das Anfechtungsobjekt abzustimmen.

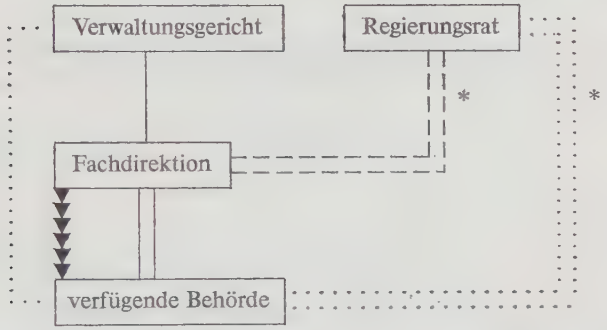
352 BGE 104 I b 120 f, mit Verweisungen.

353 Art. 40 KV lautet:
«[1] Er (der Regierungsrat) entscheidet oberinstanzlich alle Verwaltungsstreitigkeiten, welche nicht durch das Gesetz in die endliche Kompetenz des Regierungsstatthalters gestellt oder einem besondern Verwaltungsgericht zugewiesen werden.
[2] Durch das Gesetz soll ein besonderes Verwaltungsgericht eingeführt und dessen Zuständigkeit bestimmt werden».

354 Darauf machten seinerzeit bereits der Bericht des bernischen Anwaltsverbandes über eine Reform der Verwaltungsjustiz im Kanton Bern, verfasst von *Fritz Gygi,* Ziffer II lit. a, und der *Ergänzungsbericht,* Ziffer I 2, aufmerksam.

Im folgenden sollen einige Instanzenzugsmodelle dargestellt[355] und diskutiert werden.

Modell A: Die Verfügung stützt sich auf kantonales Recht und geht von einer hierarchisch untergeordneten kantonalen Behörde (Amt, Abteilung, Regierungsstatthalter, öffentlich-rechtliche Körperschaft) aus.



Die Fachdirektion überprüft die Verfügung als erste Instanz mit voller Kognition (verwaltungsinternes Beschwerdeverfahren); das Verwaltungsgericht übt als verwaltungsexternes Justizorgan Rechtskontrolle. Die Zweistufigkeit des Instanzenzugs wird gewahrt.

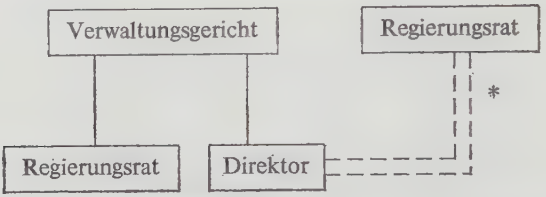
*Variante *:* Stehen bei der Verfügung nach Auffassung des Gesetzgebers die Ermessensfragen im Vordergrund oder kommt der Anordnung gesamtstaatliche Bedeutung zu — handelt es sich also mit andern Worten um einen *nicht justiziablen Streitgegenstand* —, so ist die Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat vorzusehen. Dieses Rechtsmittel *ersetzt* die Verwaltungs*gerichts*beschwerde, d. h. es kommt für ein und dieselbe Verfügung *nicht* zu einer Gabelung des Rechtswegs.

[355] Signaturen:

= Verwaltungsgerichtsbeschwerde
= Beschwerde (Art. 32 VRPG)
= Einsprache im eigentlichen Sinn
= Verwaltungsbeschwerde
= Gemeindebeschwerde
= Sprungbeschwerde an das Verwaltungsgericht
= verbindliche Weisung
= Sprungbeschwerde an den Regierungsrat

Zuweilen erteilt eine nicht endgültig entscheidende Beschwerdeinstanz (hier die Fachdirektion) der verfügenden Behörde eine Weisung, dass oder wie zu verfügen sei. Für solche Fälle ist die sog. *Sprungbeschwerde* vorzusehen[356]. Diese hat gegebenenfalls auch im Rahmen des verwaltungsinternen Anfechtungsstreitverfahrens ihren guten Sinn; sie hilft jene Problematik entschärfen, die durch konkrete, fallbezogene Entscheidungshilfe für verwaltungsinterne Justizorgane bewirkt wird.

Modell B: Die Verfügung stützt sich auf kantonales Recht und geht von einer Direktion oder vom Regierungsrat aus.



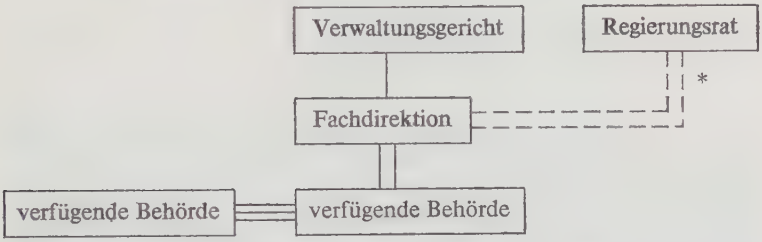
Nach Meinung des Gesetzgebers erfordert die Bedeutung der Sache — abweichend vom Normalfall — als verfügende Behörde offenbar ein Organ, das nicht bloss der disziplinarrechtlichen, strafrechtlichen und vermögensrechtlichen Verantwortlichkeit unterliegt, sondern auch politische Verantwortung trägt. — Eine verwaltungshierarchisch höher gestellte (bzw. die höchste Verwaltungsbehörde selber) gilt im Vergleich zu einer untergeordneten Amtsstelle vermutungsweise als besser qualifiziert. Verfügt also der Regierungsrat oder ein Direktor, so ist zu unterstellen, die Ermessensfragen seien bereits im Verfügungsstadium umfassend und mit höchstmöglicher Erkenntnisfähigkeit abgeklärt worden. Insoweit gibt es daher nichts mehr zu überprüfen. Die nachträgliche Verwaltungsrechtspflege reduziert sich deshalb auf ein einstufiges Verfahren: nämlich auf das von der Rechtskontrolle geprägte Beschwerdeverfahren vor dem Verwaltungsgericht. Wegen dieser Einstufigkeit könnte man bei bloss summarischer Betrachtung vielleicht auf den Gedanken kommen, die Kognitionsbefugnis des Verwaltungsgerichts auszudehnen oder, falls ein Direktor verfügt hat, den Regierungsrat als Beschwerdebehörde dem Verwaltungsgericht vorzuschalten. Zu beidem be-

[356] Vgl. Art. 47 Abs. 2 VwG.

steht indessen kein Anlass, weil, wie gesagt, die Ermessensfragen als abgeklärt zu gelten haben und das Rechtsschutzinteresse des Bürgers durch die Rechtskontrolle des Verwaltungsgerichts hinreichend befriedigt wird.

*Variante *:* Es gilt das beim Modell A Dargelegte.

Modell C: Eine hierarchisch untergeordnete Behörde erlässt sog. Massenverfügungen.



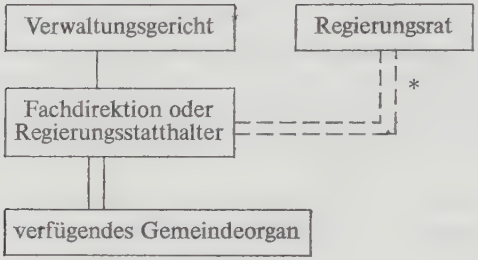
Die als Rechtsmittel verstandene Einsprache (Einsprache im eigentlichen Sinn) leistet im Zusammenhang mit sog. Massenverfügungen Wesentliches. Sie erlaubt, die den Massenverfahren innewohnenden Fehlleistungen zweckdienlich zu korrigieren[357]. Die (unechte) Ausdehnung des Zweistufigkeitsprinzips ist der Besonderheit des Anfechtungsgegenstandes wegen in Kauf zu nehmen.

Sieht man aber von Massenverfahren ab und geht man weiter davon aus, dass den Verwaltungsakten grundsätzlich eine schriftliche Begründung beizugeben ist und sich an das Verwaltungsverfahren in der Regel ein zweistufiger Instanzenzug anschliesst, so bleibt für die Einsprache m. E. keine sinnvolle Einsatzmöglichkeit mehr. Dort, wo mit Rücksicht auf den besondern Verfügungsgegenstand bloss ein einstufiges Anfechtungsstreitverfahren vorgesehen ist (Modell B), legt die Qualifikation der verfügenden Behörde den Einspracheausschluss ohnehin nahe.

*Variante *:* Es gilt das beim Modell A Dargelegte.

[357] Vgl. Ziffer 3.4.5. hievor.

Modell D: Die Verfügung stützt sich auf kantonales Recht und geht von einem Gemeindeorgan aus.



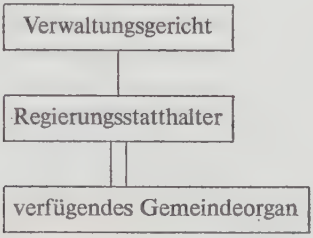
Als erstes Rechtsmittel im Rahmen des zweistufigen Anfechtungsstreitverfahrens dient wiederum die Beschwerde. Sie und nicht etwa die zur blossen Rechtskontrolle führende Gemeindebeschwerde im Sinne von Art. 57 ff GG ist das geeignete Rechtsmittel, damit erstinstanzlich umfassend (Rechts- und Ermessenskontrolle) geprüft werden kann, ob eine Gemeindebehörde kantonales Recht richtig angewandt hat. Hier ein der Gemeindebeschwerde gemäss Art. 57 ff GG entsprechendes Institut als erstes Rechtsmittel vorsehen hiesse einer hierarchisch untergeordneten Behörde im Ermessensbereich einen nicht kontrollierbaren Freiraum verschaffen; denn die Rechtskontrolle wirkt nur bei rechtsfehlerhafter Ermessensausübung (Ermessensüber- oder -unterschreitung, Ermessensmissbrauch). Die Gemeindebehörden wären damit ohne sachlichen Grund besser gestellt als untergeordnete kantonale Behörden. Der Rechtsschutz des Bürgers würde in unerträglicher Weise geschmälert, da die Anwendung gewisser Teile des kantonalen Rechts ohne wirksame Kontrolle bliebe.

Für den Einsatz der Beschwerde ist unerheblich, ob der Gesetzgeber als verwaltungsinterne Justizbehörde den Regierungsstatthalter oder eine Fachdirektion heranzieht. Die Wahl wird freilich zweckmässigerweise auf die zuletzt genannte Behörde fallen, wenn Probleme fachtechnischer Art im Vordergrund stehen und auf Beziehungsnähe zum Streitgegenstand wenig oder nichts ankommt.

Zur Zweistufigkeit des Instanzenzugs führt schliesslich entweder die Verwaltungsgerichtsbeschwerde oder (bei nicht justiziablen Fällen; Variante *) die Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat.

Der Instanzenzug stimmt mit demjenigen des Modells A überein. Das ist sachgerecht; denn für den Bürger ist es mit Blick auf den Rechtsschutz einerlei, ob eine kantonale oder eine kommunale Behörde gestützt auf kantonales Recht verfügt.

Model E: Eine Gemeindebehörde verfügt gestützt auf kommunales Recht.



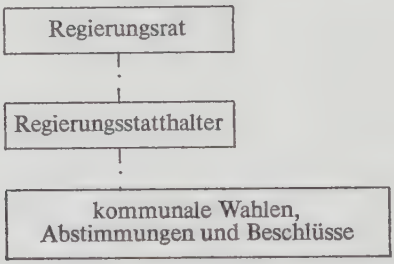
Sind die Gemeinden zur Rechtsetzung befugt, so geschieht dies unter der Oberaufsicht des Staates; die Verbandsaufsicht äussert sich im staatlichen Genehmigungsvorbehalt für kommunale Reglemente. — Die Gemeinden wenden ihr Recht auch selber an, d. h. sie erlassen im nichtstreitigen Verwaltungsverfahren Verfügungen im Rechtssinne, die Gegenstand eines Anfechtungsverfahrens bilden können. Da sie aber über keine Justizbehörden verfügen, kommt der Staat nicht umhin, dem Bürger, der Rechtsschutz sucht, den Weg zu staatlichen Justizorganen zu öffnen. Soll ein zweistufiges Anfechtungsstreitverfahren eingerichtet werden, so kommen als verwaltungs*externe* Justizorgane einzig der Regierungsstatthalter und das Verwaltungsgericht in Frage.

Die Brücke von der verfügenden Behörde zum erstinstanzlich urteilenden Verwaltungsjustizorgan (hier: Regierungsstatthalter) schlägt die Beschwerde gemäss Art. 32 VRPG. Diese bewirkt eine vollumfängliche Überprüfung der angefochtenen Verfügung und darf nicht durch ein bloss zur Rechtskontrolle führendes Rechtsmittel (z. B. die Gemeindebeschwerde i. S. von Art. 57 ff GG) ersetzt werden. Aus rechtsstaatlicher Sicht (hier konkret: *Rechtsschutz bei der Rechtsanwendung*) darf es keine Anordnungen geben, deren Ermessensgehalt ohne wirksame Kontrolle bleibt (vgl. die Bemerkungen zum Modell D). Der von einer Verfügung im Rechtssinne Betroffene hat unabhängig davon, ob die Anwendung kantonalen oder kommunalen Rechts in Frage steht, Anspruch darauf, dass überprüft wird, ob die verfügende Be-

hörde die Ermessensbegriffe recht- und zweckmässig konkretisiert hat. Die richtig verstandene Gemeindeautonomie steht dem keineswegs entgegen; denn in einem geschlossenen System justizmässiger Verwaltungsrechtspflege ist hinreichender Rechtsschutz des Bürgers nur dann sichergestellt, wenn der Grundsatz der freien Überprüfung der kommunalen Rechtsanwendung nicht in Frage gestellt wird[358].

An das erstinstanzliche Beschwerdeverfahren vor dem Regierungsstatthalter schliesst sich systemnotwendig die *Rechtskontrolle* durch das Verwaltungsgericht an. Die Verwaltungsbeschwerde an den Regierungsrat (Variante *) entfällt — im Gegensatz zu den bisher dargestellten Modellen. Der Grund liegt nahe: den Gemeinden fehlt vernünftigerweise die Regelungsbefugnis in Aufgabenbereichen, bei denen sich für den Anwendungsfall nichtjustiziable Ermessensfragen von gesamtstaatlicher Bedeutung stellen können.

Model F: Überprüfung von kommunalen Wahlen, Abstimmungen und Beschlüssen



— Staatsrechtliche und staatspolitische Gründe (Verbandsaufsicht) gebieten, den Wahl- und Abstimmungsberechtigten ein Rechtsmittel in die Hand zu geben, mit welchem sich rügen lässt, eine Wahl sei *rechtswidrig* zustande gekommen oder eine Abstimmung sei rechtsfehlerhaft durchgeführt worden. Die Rügen betreffen wie bei der Wahl- und Abstimmungsbeschwerde gemäss Art. 85 OG bloss Verfahrens-, d. h. reine Rechtsfragen und stehen in direktem oder indirektem Zusammenhang mit dem Stimm- und Wahlrecht des Einzelnen.

— Neben den einseitig hoheitlich durch das zuständige Gemeindeorgan getroffenen individuell (oder generell) konkre-

[358] Vgl. *Ulrich Zimmerli,* Die neuere bundesgerichtliche Rechtsprechung zur Gemeindeautonomie, in: ZBl 73/1972, S. 257 ff, insbes. S. 268 f.

ten Anordnungen (Verfügungen, Modell E) und neben den erwähnten Wahlen und Abstimmungen gibt es Mehrheitsbeschlüsse, die in Anwendung des kommunalen Organisationserlasses gefasst werden und im Gegensatz zu kommunalen Reglementen und gewissen Finanzbeschlüssen nicht der staatlichen Genehmigung[359] unterliegen. Die demokratischen Rechte blieben weitgehend schutzlos, wenn nicht auch hier — entsprechend der oben erwähnten Wahl- und Abstimmungsbeschwerde — mit einem Rechtsmittel gerügt werden kann, der Beschluss verletze *Recht*.

In beiden Fällen ist die herkömmliche Gemeindebeschwerde gemäss Art. 57 ff GG der geeignete Rechtsbehelf. Nach dem Regierungsstatthalter hat mit Blick auf die Verbandsaufsicht der *Regierungsrat* als zweite Beschwerdeinstanz zu amten.

5.5. Verkürzung der Prozessdauer

Im Laufe dieser Arbeit wurde wiederholt darauf hingewiesen[360], dass in der bernischen Verwaltungsrechtspflege die Verfahrensdauer nicht selten die Grenze dessen, was den Rechtssuchenden insoweit vernünftigerweise zugemutet werden darf, erreicht oder gar überschritten hat. Die früher gemachten Feststellungen werden durch folgende Angaben zur *verwaltungsgerichtlichen* Prozessdauer erhärtet:

— Im Jahre 1977 wurden 169 Geschäfte beim Verwaltungsgericht anhängig gemacht. Nimmt man den *31. Dezember 1978* als Stichtag, so lässt sich der prozessuale Stand dieser 169 Geschäfte wie folgt gliedern:

39 wurden durch Abstand, Rückzug, Vergleich, Gegenstandslosigkeit oder Übertragung auf den neuen Kanton Jura erledigt,

3 sind sistiert,

107 wurden beurteilt, davon 77 in weniger als 6 Monaten, 24 in 6-12 Monaten und 6 in mehr als 12 Monaten,

20 Geschäfte sind noch *nicht* beurteilt.

[359] Vgl. Art. 45 GG.

[360] Vgl. vorn die Ziffern 2.7.2. (Gemeindebeschwerdeverfahren), 3.1.1. (Baubeschwerdeverfahren), 3.5.1. (Fall «Jacquemin»).

Klammert man von den insgesamt eingegangenen Geschäften diejenigen aus, welche am 31. 12. 1978 ohne Urteil erledigt oder sistiert waren, so zeigt sich, dass von den 127 beurteilten bzw. noch zu beurteilenden Geschäften *20 Prozent* eine Prozessdauer von mehr als 1 Jahr aufweisen.

— Ein Vergleich betreffend die verwaltungsgerichtliche Prozessdauer in den Kantonen Zürich und Bern ergibt für die in den Jahren 1976 und 1977 *beurteilten* (nicht für die in dieser Zeit anhängig gemachten) Fälle folgendes Bild[361]:

Prozessdauer im *Kanton Zürich* (in % der beurteilten Fälle)

Jahr	*bis 6 Monate*	*7—12 Monate*	*mehr als 12 Monate*
1976	74,3 %	21,7 %	3,9 %
1977	73,3 %	19,7 %	6,8 %

Prozessdauer im *Kanton Bern* (in % der beurteilten Fälle)

Jahr	*bis 6 Monate*	*7—12 Monate*	*mehr als 12 Monate*
1976	66,3 %	17,8 %	15,7 %
1977	70,1 %	16,3 %	12,5 %
1978	68,0 %	17,6 %	14,2 %

Es fällt insbesondere auf, dass der Anteil jener Fälle, die länger als ein Jahr auf ihre Beurteilung zu warten hatten, im Kanton Bern rund doppelt so gross ist wie im Kanton Zürich.

Der lange Prozessgang ist eine alte Geissel des Verfahrensrechts. Zwar kann man im Einzelfall darüber diskutieren, was als noch zumutbare Prozessdauer anzusprechen sei; doch im Rahmen einer Verfahrens*neuordnung* sollte kein Ausweg ungeprüft bleiben, der den Prozessgang abzukürzen verspricht. Dabei wird vorweg der Hebel beim Instanzenzug anzusetzen sein. Es geht darum, die Rechtsmittelordnung zu straffen; das dürfte wirksam und ohne den Rechtsschutz zu beeinträchtigen nur dann gelingen, wenn konsequent das Zweistufigkeitsprinzip befolgt wird. In gewissen Fällen kann der Verfahrensgang zweckdienlich mit der

[361] Die Berechnungsgrundlagen für die zürcherischen Verhältnisse stammen aus den jährlichen Rechenschaftsberichten des Verwaltungsgerichts an den Zürcher Kantonsrat (Verfahren, welche Aufsichtsbeschwerden, Erläuterungs- und Revisionsgesuche betreffen, wurden ausgeklammert). Das Zahlenmaterial für die bernischen Verhältnisse fusst auf einer Auswertung der gerichtsinternen Geschäftskontrolle.

sogenannten Sprungbeschwerde verkürzt werden. Das Verwaltungsrechtspflegegesetz sollte dieses Rechtsinstitut nicht ungenützt lassen. Nebst diesen verfahrensrechtlichen Massnahmen ist auch im verwaltungs- und gerichtsorganisatorischen Bereich nach Mitteln und Wegen zur Beschleunigung des Verfahrens zu suchen. Nicht zuletzt wird weiter dafür zu sorgen sein, dass die Justizorgane *personell* hinreichend dotiert sind.

Der französische Jurist und Moralist *Jean de la Bruyère* (1645 bis 1696) gibt zum Problem Prozessdauer folgendes zu bedenken: «Une circonstance essentielle à la justice que l'on doit aux autres, c'est de la faire promptement et sans différer: la faire attendre, c'est injustice»[362]. Dieser rund 300 Jahre alte Aphorismus ist ungebrochen aktuell. Wer sich mit der Neuordnung von Verfahrensrecht befasst, sollte ihn nicht aus den Augen verlieren.

[362] Zitiert nach *Kummer*, S. 252.

Sachregister

Abbruchbewilligung 102f
Abgaben 29, 43 Anm. 96
Alkoholverbot 49, 51
Anfechtungsobjekt *24f*, 60, 64, 75, 77, 84, 93f, 122
Anfechtungsstreitverfahren 15ff, 28ff, 45f, 48, 52f, 56, 83f, 86, 89, 107, 111
Anstaltseinweisung 51f, 53
Anwaltsgebühren 56
Appellation s. Weiterziehung
Aussöhnungsversuch 39
Baubewilligung 22 Anm. 43, 36, 39, *69ff*
— generelle 69 Anm. 192
Bauentscheid 40, *69ff*
Baupolizei 74
Beamtenrecht 28, *89ff*
Beförderung 90
Behördenbeschwerde 24, 70
Beiladung 21 Anm. 41
Beitragsplan 83f
Berufsbildung 49, 96ff
Beschluss 64, 128f
Beschwerde *43f*, 50, 103, 107, 126f
Beschwerdebefugnis *18ff*, 64, 70, 104, 110
Beschwerdegründe 26, 62, 65, 96, 109
Beschwerdeverfahren 15ff, 28ff, 45f, 48, 52f, 83f, 86, 89, 107, 111
Beurteilungsspielraum 28, 94
Beweislast 20
Bewilligung 22ff, 41, 70, 100ff
Bodenverbesserung 35, 39, 57
Detailerschliessungskosten 83f
Devolutiveffekt 34, 37
Dispositionsmaxime 25, 37f, 47
Disziplinarrechtspflege 58, 61f, 90
Einfriedigung 76
Einsprache 17, 22ff, *35ff*, 67, 77, 83f, 99f, 107, *125*
Endentscheid 62
Enumerationsmethode 57, 118ff
Erbschaftssteuer 38
Ermessen 58, 73 Anm. 201, 77, 85, 94, 103, 112, 119f
Ersatzvornahme 74f
Erschliessung 81ff
Examen 94f
Fähigkeitsausweise 96
Feuerwehrdienstpflicht 53
Fremdenpolizei 58
Gabelung
— des Rechtswegs 121, 123
Gastwirtschaftspatent 23 Anm. 47, 50, *103ff*
Gebäudeversicherung 39 Anm. 88, 55, 57
Geldforderung 30
Gemeindeautonomie 127
Gemeindebeschwerde *64ff*, 82, 87, 92, 101ff, 108, *126ff*
Generalklausel 29, 57, 59, 118ff
Gesetzesbegriff (unbestimmter) 28, 51, 73 Anm. 201
Gewässerschutz 27, 69, 73 Anm. 200
Grundeigentümerbeitrag 36, 40, 82f
Handänderungsabgabe 38
Installationsbewilligung 100ff
Instanzenzug 27, 42, 57, 67, 72, 80, 83f, 95f, 99ff, 109f, 112, *122ff*
Iura novit curia 28, 98
Jagd 27 Anm. 57, 56
Jugendrechtspflege 49, 51
Justiziabilität 79, 88, 90, 109, 112, 119f, 123
Kanalisation 86ff
Klageänderung 26

Klageverfahren 13f, 28ff, 45f, 48, 52f, 83f, 85f, 89, 93, 107, 111
Kognition s. Ueberprüfungsbefugnis
Kollegialbehörde 60, 117
Konkurrent 104
Konzession 28
Kostenliquidation 23 Anm. 46, 47
Laienbeschwerden 98 Anm. 295
Lehrerpatent 96
Lehrling 96f
Letztinstanzlichkeit 57, 79
Massenverfügungen 99, 125
Mitbericht 24
Nichteintreten 22ff
Normenkontrolle 58f, 116
Parlament 12 Anm. 7
Parteientschädigung 23 Anm. 46
Planungseinsprache 36, 40, 80f
Planungsrecht 16f, 40, 76ff
Popularbeschwerde 18, 20, 65
Prozessbeschwerde 59ff, 108
Prozessdauer 71, 100f, 129ff
Prozessführung (unentgeltliche) 61 Anm. 153
Prozessvoraussetzung 19
Prüfungsergebnis 94f
Rechtskraft 33f, 78
Rechtsmittel *33ff*
Rechtsverweigerung 62f, 65
reformatio in peius vol melius 15, 37
Regierungsrat
— als Verwaltungsjustizbehörde 114ff
— als verfügende Behörde 124
Regierungsstatthalter 14 Anm. 12, 43 Anm. 96, 52f, 83, 85
Rekurs 39, 55f, 98f, 108
Rückerstattungsansprüche 29, 97
Rügeprinzip 26, 98
Schenkungssteuer 38
Schleifung 47, 51, 74
Schulzeugnis 94f
Sprungbeschwerde 124, 131
Steuerrecht 38, 55
Stipendien 97ff
Strassenbau 76, 82
Strassenverkehr 56
Streitgegenstand *25f*, 74, 78f
Submission 17f
Subsidiarität 67
Subvention 88
Superprovisorische Massnahmen 54 Anm. 124, 75
Suspensiveffekt 23, 34, 37, 78
Ueberprüfungsbefugnis *26ff*, 31, 34, 42, 46, *50f*, 53, 65, 87, 94f, 101ff, 109f, 111ff, 124f
Untersuchungsgrundsatz 98
Verantwortlichkeit (disziplinarische) 61f
Verbandsaufsicht 65, 127f
Verfügung 13, *15ff*, 24, 63, 64, 69, 75, 83f, 86, 88, 90, 93f, 99
— prozessleitende 59ff
Vertrag (öffentlich-rechtlicher) 17, 28, 30
Verwaltungsgerichtsbeschwerde 48, 56ff, 84, 86, 97, 108f
Verwaltungsrechtspflege 11ff, 110, 117f
Viehversicherung 30, 48
Vollzugsföderalismus 24, 113
Vorsorgliche Massnahmen *53f*, 75
Waffenerwerbsschein 27 Anm. 57
Wahl 64, 90, 128
Waldabstand 27 Anm. 57, 70
Wasserversorgung 82, 85ff
Wasserwirtschaft 85ff
Weiterziehung 27, *44ff*, 76, 103, 107ff
Wiedererwägung 33, 37f, 42, 73 Anm. 200
Wirtshausverbot 49, 51
Zuständigkeit
— verwaltungsgerichtliche 57f, 118ff
— des Sachzusammenhangs 58
Zwischenentscheid 62